Edilson Santana Gonçalves Filho

DEFENSORIA PÚBLICA E A TUTELA COLETIVA DE DIREITOS

Teoria e Prática

2020

www.editorajuspodivm.com.br

www.editorajuspodivm.com.br

Rua Território Rio Branco, 87 – Pituba – CEP: 41830-530 – Salvador – Bahia
Tel: (71) 3045.9051
• Contato: https://www.editorajuspodivm.com.br/sac

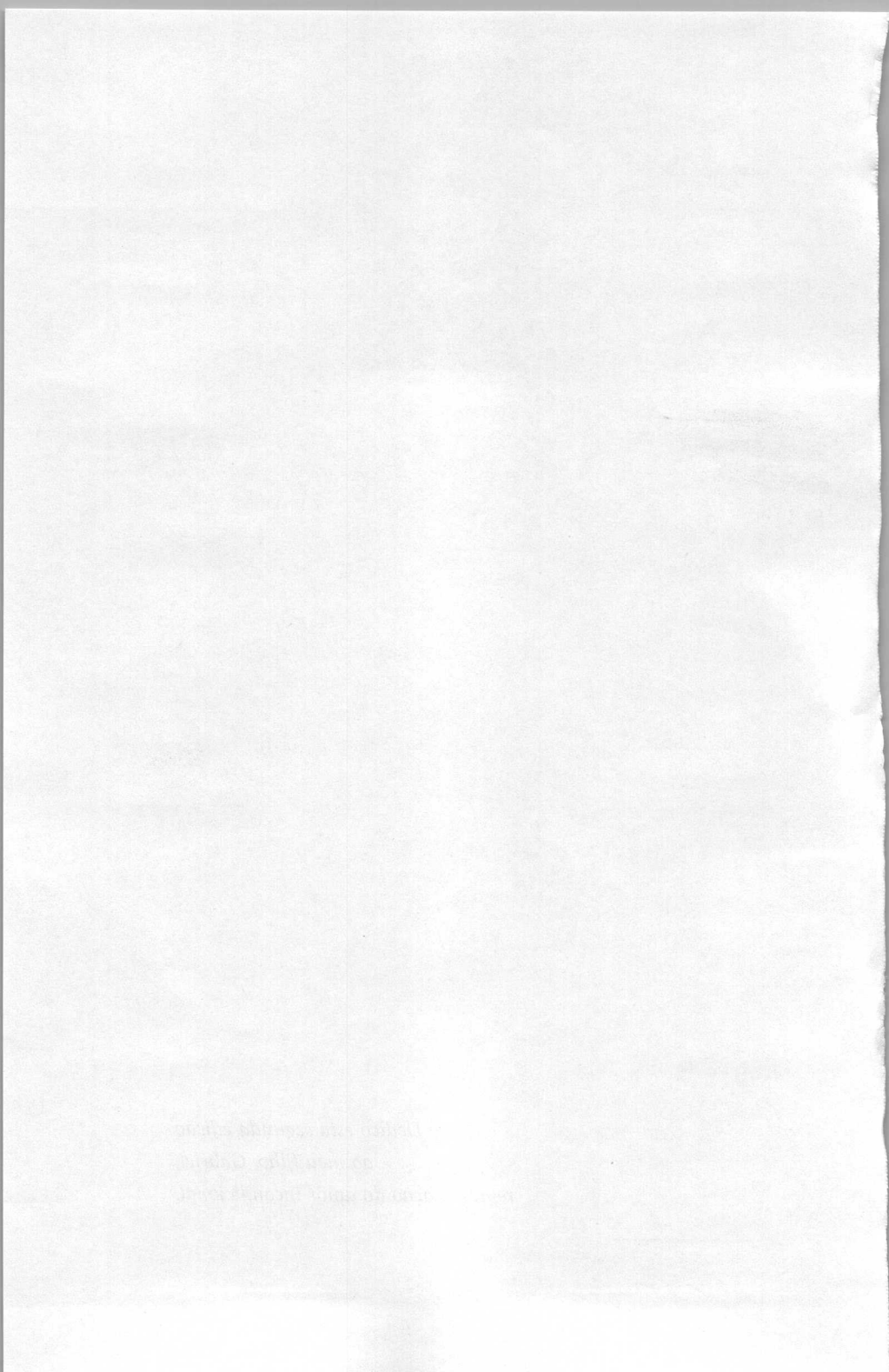
Capa: Ana Caquetti

G635d Gonçalves Filho, Edilson Santana.
Defensoria pública e a tutela coletiva de direitos - teoria e prática / Edilson Santana Gonçalves Filho. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: JusPodivm, 2020.
384 p.

Bibliografia.
ISBN 978-85-442-3046-6.

1. Direito constitucional. I. Gonçalves Filho, Edilson Santana. II. Título.

CDD 341.2

Dedico esta segunda edição
ao meu filho, Gabriel,
representação do amor incondicional.

NOTA À SEGUNDA EDIÇÃO

Como afirma Zygmunt Bauman, "os estamentos enquanto lugares a que se pertencia por hereditariedade vieram a ser substituídos por classes", como consequência secundária "do acesso desigual aos recursos necessários para tornar a autoafirmação eficaz". Como nota o filósofo, há um grande "abismo entre a condição de indivíduos *de jure* e suas chances de tornar indivíduos *de facto* – isto é, de ganhar controle sobre seus destinos e tomar as decisões que em verdade desejam". Em outro trecho, esclarece: "o abismo entre a individualidade como fatalidade e a individualidade como capacidade realista e prática de autoafirmação está aumentado", sugerindo que "quem sabe se, caso os poderes individuais, tão frágeis e impotentes isoladamente, fossem condensados em posições e ações coletivas, poderíamos realizar em conjunto o que ninguém poderia realizar sozinho?"[1]

A primeira edição de um livro é, quase sempre, um esboço daquilo que se pretende. Com ela se consegue melhor visualizar suas necessidades, falhas e colher as impressões de seus destinatários, os leitores.

Ouvi, certa vez, alguém dizer que uma obra somente deve ser levada em conta a partir da segunda edição, quando o autor terá conseguido revisá-la e, no caso deste livro, ampliá-la.

A primeira edição, todavia, tem sua importância. Equivale ao nascimento. É ela que dá vida à obra. As edições seguintes são como as fases de um vinho, que pode ser bom desde o início, mas adquire maior complexidade e estrutura com o passar do tempo caso receba os cuidados necessários.

Foi com este intuito, de tornar o livro mais completo, que escrevi esta segunda edição, fruto de cinco anos de pesquisa e de

1. BAUMAN, Zygmunt. Plínio Dentzien (trad.) *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 45-53.

atuação prática, e que, agora, passou a se dividir em três partes, com o objetivo de melhor representar seu conteúdo. Na primeira, é realizada uma abordagem teórico-filosófica da Defensoria Pública, passando por questões relevantes, como sua configuração e o histórico da instituição.

Para a segunda parte foram selecionados alguns artigos do Código de Processo Civil que possuem relação, direta ou indireta, com a instituição e com a atuação do defensor público, seja atuando em demandas individuais, seja em questões coletivas, com o intuito de fixar algumas premissas importantes, além de propiciar uma visão global do processo aplicado à Defensoria Pública. A forma como foram organizados os comentários visa, ainda, criar um banco de consulta rápida sobre temas relacionados à atuação do membro.

A terceira parte é focada no processo coletivo, com ênfase em sua relação com a Defensoria Pública. Procura-se estabelecer uma teoria geral da legitimidade coletiva. Nesta segunda edição, são abordados, ainda, diversas questões do processo coletivo, destacando-se suas peculiaridades com relação ao órgão.

Por fim, ao final do livro, consta anexo com modelos de peças.

Edilson Santana Gonçalves Filho

PREFÁCIO À SEGUNDA EDIÇÃO

É muito gratificante ler trabalho de altíssima qualidade. Esse imenso prazer é ainda maior quando se lê boa teoria que decorra não apenas de um denso suporte cultural a respeito da matéria, mas também daquilo que costumo chamar de "vida real". Eu me refiro à experiência do autor no dia-a-dia profissional, que reverbera intensamente na demonstração de suas conclusões teóricas.

O Professor Edilson Santana Gonçalves Filho oferece aos leitores de seu livro esse riquíssimo manancial de informações, somatória perfeita da qualidade de seus estudos, reflexões e conclusões, com a inafastável experimentação dos conceitos na vida real (repito), eis que também exerce muito honradamente a função de Defensor Público.

Fiquei honrado com o convite para prefaciar a segunda edição desta obra que já conhecia desde seu lançamento.

O autor, atento à importância dos temas de que trata – Defensoria Pública e seu papel na sociedade e tutela coletiva dos direitos – faz acurada análise das razões pelas quais a presença da Defensoria Pública, no contexto das instituições públicas relevantes e que se constituem em direito fundamental da sociedade.

Aborda, também, pelo viés reverso, a Defensoria como dever fundamental do Estado, a ser rigorosamente cumprido perante aqueles a quem seu trabalho se destina constitucionalmente. Faz incursões pelas disposições das Emendas Constitucionais 45/2004, 74/2013 e 80/2014, além de tratar do panorama do tema no plano da Organização dos Estados Americanos.

No capítulo IV, o autor se dedica, com extrema proficiência, à análise das disposições que, no Código de Processo Civil de 2015, tratam da Defensoria Pública.

Assim, analisa o revolucionário (para mim) parágrafo terceiro do artigo 3º do CPC/2015. Nesse ponto, destaco que o autor relaciona esse dispositivo com o art. 4º, II, da Lei Complementar 80,

que dispõe ser função institucional da Defensoria Pública a busca da solução extrajudicial dos conflitos, devendo lançar mão, para tanto, dos métodos ligados à mediação, dentre outros dos meios adequados de solução de conflitos.

Trata também, logo a seguir, dos institutos da representação e substituição processual, assim como, ao comentar o art. 185 do CPC, das funções institucionais da Defensoria Pública.

Nesse passo, analisa artigo por artigo, questão por questão, tratando de temas os que dizem respeito à terminologia adotada pelo legislador do Código de Processo Civil, com as necessárias críticas que faz às opções legislativas.

Segue comentando e analisando cada artigo do Código em que a atuação do Defensor Público esteja relacionada, como, por exemplo, os artigos 230 e 1.003.

Em seguida, o autor trata, no capítulo V, da atuação extrajudicial da Defensoria Pública na da expedição de recomendações e, também, no plano que considera a possibilidade de a Instituição firmar Termos de Ajustamento de Condutas.

O capítulo VI é destinado àquele que é a razão de ser da Defensoria Pública: o vulnerável.

Sua análise é cuidadosa e profunda.

Destaco: "Bem por isso, apresenta-se melhor o uso das expressões "necessitado" ou "vulnerável" quando se quer referir, de forma genérica, a parte que tem direito à assistência pela Defensoria Pública, já que a expressão "hipossuficiente" se encontra demasiadamente ligada à ideia de carência financeira, nada obstante o termo possa vir acompanhado de maior especificação, sendo, neste caso, usado como gênero e sinônimo de necessidade (por exemplo: hipossuficiência econômica, hipossuficiência jurídica; hipossuficiência organizacional; hipossuficiência social etc.)."

Os capítulos seguintes são dedicados à exposição das reflexões do autor a respeito de temas ligados ao processo coletivo, esse grande incompreendido.

No primeiro deles, capítulo VII, o autor discorre sobre a teoria geral dos direitos coletivos e do processo coletivo, inclusive tratando do intrincado tema da legitimidade ativa.

E expõe questões relevantes, como, por exemplo, a que nos leva a refletir se "A Defensoria Pública somente detém legitimidade quando o resultado da demanda atingir pessoas necessitadas?".

Nesse momento do livro, trata o autor de tema que me é muito caro, que é a liquidação individual da sentença coletiva.

Mandado de segurança coletivo, pedido de suspensão de liminar ou de tutela concedida antecipadamente são temas tratados nos capítulos seguintes, assim como a atuação da Defensoria Pública em hipóteses de improbidade administrativa.

Lá adiante, no capítulo XIV, que nominou de "Questões relevantes do processo coletivo", o autor trata de temas que decorrem da instituição do assim chamado microssistema do processo coletivo. Todos os temas são tratados com extrema propriedade e o leitor deste livro em todos esses capítulos muito poderá entender a respeito do processo coletivo.

É um livro que merece estar presente na mesa de trabalho de todos quantos se interessem pelos dois temas "macro": Defensoria Pública e processo coletivo. Parabéns aos leitores, estudiosos e operadores do sistema judicial.

Ao Edilson, mais que que cumprimentos, devo dizer muito obrigado por oferecer à comunidade jurídica trabalho de tanta qualidade e que tanto contribui para a compreensão dos temas e dos problemas que em cada um deles por vezes confundem a todos nós.

Curitiba, julho de 2019.

Luiz Rodrigues Wambier

PREFÁCIO À PRIMEIRA EDIÇÃO

Paulo Freire nos ensina que é preciso aliarmos o que falamos ao que fazemos de modo que em determinado momento a nossa fala seja a nossa prática. Norberto Bobbio, por sua vez, advertiu-nos que não é mais hora de dizer direitos, mas de realizá-los, descobrindo "o modo mais seguro de garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados". Aproximar o Brasil real do Brasil ideal há muito era desafio denunciado por Oliveira Viana. E na mesma direção a advertência de Tobias Barreto – bem difundida por Carlos Ayres Britto – de que Direito "não é algo que se sabe, mas algo que se sente" e de Pontes de Miranda ao lembrar que aquele que sabe Direito sabendo só Direito nem Direito sabe.

Ao ler os originais do livro de Edilson Santana Gonçalves Filho, "DEFENSORIA PÚBLICA E A TUTELA COLETIVA DE DIREITOS – TEORIA E PRÁTICA", imediatamente, lembrei-me das lições acima transcritas: de nada adianta a melhor teoria dissociada da realidade prática e a melhor prática pode ser melhorada por uma consistente análise teórica. O conhecimento só serve quando ajuda a melhorar o mundo. O livro de Edilson tem este propósito: não serve à vaidade intelectual, mas visa o melhoramento da prática defensorial em benefício de milhões de brasileiros. É um grande ato de generosidade: Edilson alia sua consistente prática de Defensor Público Federal – que já exerceu suas funções em diversas regiões do país – a seu apurado saber teórico e o compartilha por meio deste livro.

Só a prática nos mostra a diferença que faz o olhar defensorial ao processo e aos problemas: a Defensoria, como ensina Edilson, "é representação instrumental de inclusão democrática dos necessitados no jogo discursivo do direito". É um olhar que nasce do sentir a dor do necessitado de justiça. E assim é que o livro já se inicia tratando da Defensoria Pública como Amicus Commu-

nitas e respondendo a incomoda pergunta "Afinal, a Defensoria Pública deve existir?".

Prossegue demonstrando as razões da opção do Constituinte brasileiro por determinar que a Defensoria Pública é direito fundamental e a coerência das Emendas Constitucionais 45/2004, 74/2013 e 80/2015 com as diretrizes do Constituinte originário e segue demonstrando a harmonia do Código de Processo Civil ora vigente com a instituição.

Ponto alto do livro é a análise da necessária atuação extrajudicial: o objetivo da atuação do defensor público não é ajuizar ação, mas resolver problemas da forma mais rápida e eficaz possível, fazendo a Justiça aproximar-se daquele que já estava perto de em nela não mais crer.

Enfrenta, também, a complexa identificação do necessitado de Justiça, o que faz de forma atualizadíssima e coerente com o direito convencional. Apenas um livro escrito por quem conhece a prática seria capaz de demonstrar, como o faz Edilson, a importância pública – para todos – da atuação defensorial com a coletividade desorganizada e a própria existência e necessidade de legitimação coletiva passiva.

O livro não trata da Defensoria Pública e da Ação Civil Pública – ACP. Analisa a atuação coletiva da Defensoria: o senso comum ainda relaciona tutela coletiva à ACP, mas Edilson, com simplicidade demonstra não apenas que tal reducionismo é equivocado como que a atuação coletiva também se dá na fase extrajudicial – no que se destaca a expedição de recomendações e realização de Termos de Ajustamento de Conduta – TAC – e mesmo na fase judicial, a ACP não é o único instrumento hábil, no que se soma, inclusive, a possibilidade de pedido de suspensão de segurança.

Tenho a plena convicção de que o livro atende seu propósito e será muito útil à pratica. Ao Edilson, nossa imensa e sincera gratidão.

Boa leitura!

Amélia Soares da Rocha

DEFENSORIA PÚBLICA: *AMICUS COMMUNITAS*[2]

Efetivar a promessa constitucional contida no artigo 134 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional 80 de 2014. Eis o grande e atual desafio da Defensoria Pública.

A representatividade proposta pelo texto constitucional por meio da Defensoria Pública tem pretensão à presentatividade, porque ela fala pelos necessitados e é por meio dela que os necessitados falam.

A Defensoria Pública é representação instrumental de inclusão democrática dos necessitados no jogo discursivo do direito. Ela não fala por si ou pela sociedade (como custos societatis), mas pelos necessitados de inclusão.

Sua proximidade com as bases da sociedade evidenciam o verdadeiro sentido da advocacia em um processo: *ad vocare* – levar a voz a quem tem a dignidade vilipendiada, nada obstante sua atuação vá além da atividade advocatícia.

A Defensoria, por estar próxima da finalidade última do direito – realizar justiça social – não pode ser tolhida da participação em processos nos quais se tem a coletividade enquanto comunidade vulnerável. Se a figura do amicus curiae é instrumento de democratização do processo, a Defensoria Pública pode ser vista como verdadeira *amicus communitas*.

2. Inspirado no texto "Afinal, qual a função da Defensoria Pública?" escrito em coautoria com os colegas Maurílio Casas Maia e Daniel Gehard para a revista eletrônica Justificando.

SUMÁRIO

PARTE I

Abordagem Teórico-Filosófica da Defensoria Pública

PARTE II

Processo Civil Aplicado à Defensoria Pública

Parte I

ABORDAGEM TEÓRICO-FILOSÓFICA DA DEFENSORIA PÚBLICA

CAPÍTULO I

AFINAL, A DEFENSORIA PÚBLICA DEVE EXISTIR?

A sociedade complexa em que vivemos hoje revela novas formas de relações humanas diariamente, ao mesmo tempo em que há uma aparente incapacidade das pessoas de resolverem seus próprios conflitos.

Bem por isso se mostra crescente o fenômeno comumente denominado de *judicialização* das questões derivadas das relações sociais, muitas das quais antes resolvidas por meio da autocomposição, utilizando-se da autonomia privada.

A existência de sistemas de justiça aptos e eficazes, nesse contexto, se mostra imprescindível à garantia da própria manutenção da dignidade do ser humano, a qual passa, necessariamente, no tempo atual, pela possiblidade de reclamar a efetivação do que lhe é de direito.

A questão torna-se ainda mais abstrusa quando consideramos o acesso à justiça para indivíduos econômica e socialmente desfavorecidos.

De certo, a efetivação e garantia de direitos, inclusive fundamentais ou universais, passa pelo conhecimento da existência dos mesmos e dos instrumentos que possibilitam a exigência imperativa de seu cumprimento ou sua reparação, quando violados.

Evidentemente, exigir do cidadão carente, desprovido de acesso à educação e às informações úteis ou imprescindíveis, o conhecimento sobre seus direitos e como exigi-los, configura, por si só, uma injustiça.

Numa sociedade capitalista, recorrer a um prestador de serviço (como um advogado, por exemplo) com conhecimento e aptidão profissional necessários pode ser solução para a falta de conhecimento.

O problema se agrava, todavia, quando aliada à carência de informação se encontra o baixo nível financeiro ou a incapacidade organizacional. Nesse caso, o cidadão, além de não ter acesso a noções sobre o que tem ou não direito, não possui meios de contratar alguém que o faça às vezes.

Aparentemente o senso comum nos indica configurar, também, uma injustiça que algumas pessoas tenham acesso a seus direitos, enquanto outras não o têm, unicamente por não possuírem dinheiro ou pertencerem a grupos minoritários.

Interessa-nos ainda abordar a qualidade do serviço prestado nesses casos. É que mesmo que se ofereça uma assistência a um custo mais baixo, em um sistema de mercado os melhores profissionais custarão mais caro e servirão para defender os interesses, por consequência, dos mais afortunados.

As pessoas mais pobres, portanto, ou não terão meios de acessar e exigir seus direitos, ou, no máximo, terão que confiar seus destinos a profissionais de qualidade duvidosa.

Exsurge daí, como possível solução, a criação de um sistema capaz de propiciar assistência jurídica gratuita aos comprovadamente pobres. Tal sistema, além da gratuidade, deveria contar com corpo de especialistas com capacidade técnica e comprometimento com a causa que se propõe a defender.

Como veremos ao longo desta obra, com o tempo, se mostrou necessário ampliar o campo relacionado aos destinatários da assistência jurídica, abandonando a ideia que os vinculava unicamente à pessoa pobre, por meio de uma interpretação literal do termo, ou seja, ao indivíduo carente de recursos financeiros, passando-se à compreensão de que existem outros tipos de vulnerabilidades que configuram uma insuficiência de recursos que impede o acesso à justiça, tornando o indivíduo necessitado de assistência jurídica gratuita. Cumpre desde já pontuar que o acesso à justiça é conceito amplo, que não se resume ao Poder Judiciário. Do acesso à justiça decorre o acesso a uma solução para o litígio, diante de uma das

vias de um sistema multiportas, onde judiciário é apenas um dos caminhos possíveis, em alguns casos não sendo o melhor.

Para fins dessa primeira abordagem (que se volta mais à crítica ou à reflexão histórico-filosófica) ainda me utilizarei da concepção tradicional, com base na ideia do "pobre", o carente de recursos econômicos, como destinatário único da assistência jurídica gratuita, com o fim de facilitar ao leitor a compreensão da ideia aqui desenvolvida. Nos capítulos seguintes veremos como essa concepção de pobreza mudou, refletindo nas funções e na própria essência da Defensoria Pública.

No Brasil a previsão constitucional da Defensoria Pública como órgão essencial à função jurisdicional do Estado tem como fim a prestação de assistência jurídica gratuita. Trata-se de uma instituição pública, patrocinada por recursos igualmente públicos e composta por profissionais selecionados através de concurso público (de provas e títulos).

Esse sistema, contudo, nem sempre foi o adotado no país. Experiências anteriores - e em outros Estados independentes - podem demonstrar outras formas de organização capazes de atender com maior eficácia e menos onerosidade referido mister?

Segundo adverte-nos Mauro Cappelletti[1] a titularidade de direitos perde seu sentido quando ausentes mecanismos destinados à sua efetivação e reivindicação.

Bem por isso, o acesso à justiça passa a ser encarado como um direito humano básico de um sistema jurídico que pretende ser moderno e igualitário, no qual se almeja não apenas proclamar direitos, mas garanti-los a todos.

Diante desses desafios Cappelletti formula soluções, chamando-as de "ondas renovatórias" do processo, quais sejam: assistência jurídica aos pobres, coletivização do processo (representação de direitos difusos em juízo) e amplo acesso à justiça.

A proposta de Cappelletti parece ter sido aceita e adotada pelo sistema de justiça brasileiro. De certo, hodiernamente, visua-

1. CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Brian. *Acesso à justiça*. Traduzida por Ellen Grace. Porto Alegre: Sérgio Fabbri, 1988.

lizamos evidente preocupação com a garantia de acesso à justiça, mormente no tocante às pessoas mais desfavorecidas socialmente.

A adoção de tais ideias traz, por conseguinte, um inevitável aumento no número de demandas, impulsionando a luta pelo direito, expressão cunhada por Rudolf Von Ihering[2], para quem o Direito é uma força viva, e não pura teoria.

Atento ao fenômeno, o Poder Constituinte de 1988 fez constar regras específicas voltadas ao acesso à justiça na Constituição Federal brasileira atualmente em vigência. O Princípio do Acesso à Justiça, inclusive, é previsto dentro do rol de direitos fundamentais.

É cediço, todavia, que numa sociedade de consumo até mesmo o acesso a direitos fundamentais só se efetivará, em boa parte dos casos, para aqueles que tiverem razoáveis condições financeiras.

Cite-se, por exemplo, o caso de violação a um direito fundamental. O cerceamento de acesso ao poder judiciário pode nos servir como exemplificação. No mais das vezes a contratação de um advogado, como já afirmado acima, apresenta-se como única solução nessas situações. Evidentemente, o serviço advocatício deverá ser remunerado, exigindo condições econômicas mínimas por parte do contratante.

O constituinte, repise-se, também não se fez omisso nesse ponto. A fim de propiciar a garantia de direitos às pessoas menos afortunadas, previu a existência de um órgão com atribuição de prestar assistência jurídica, judicial e extrajudicial, integral e gratuita.[3]

O modelo de assistência jurídica integral e gratuita prestada pela Defensoria Pública no Brasil tem sido, inclusive, reconhecido como referência pela Organização dos Estados Americanos (OEA).[4]

2. VON IHERING, Rudolf. *A luta pelo direito*. Rio de janeiro: Forense, 2007.
3. O artigo 134 da Constituição da República Federativa do Brasil dispõe sobre a Defensoria Pública, afirmando ser instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados.
4. Nesse sentido são as resoluções AG/RES. 2656 (XLI-O/11), AG/RES. 2714 (XLII-O/12), AG/RES. 2801 (XLIII-O/13) e AG/RES. 2821 (XLIV-O/14), todas da Organização dos Estados Americanos.

Não obstante, questões interessantes podem ser levantadas, como: a existência de um órgão oficial é mesmo necessária? Seria possível, e quiçá mais vantajoso, a realização de tal mister pela iniciativa privada? É preciso, e justo, o estabelecimento de vantagens legais para aqueles que atuam na defesa de cidadãos vulneráveis?

A adoção de ideias puramente liberalistas nos levaria a concluir pela adoção de um sistema totalmente privado, pois não caberia ao Estado interferir na prestação de um serviço, o qual deveria se autorregular pelo livre mercado.

Haveria, a partir daí uma espécie de mercantilização do acesso à justiça? De fato, o mercado existe, inclusive em relação aos serviços que propiciam a fruição de direitos fundamentais, incluindo-se aí o acesso à justiça. A assistência gratuita para aqueles que não possuem condições de pagar por tais serviços, contudo, atenua, sem sombra de dúvida, o aspecto mercantilizador de prestações relativas ao acesso à justiça.

O assunto, abordado à luz da filosofia de Immanuel Kant[5], nos levaria possivelmente à seguinte conclusão: ainda que se trate da prestação de um serviço, o objetivo primordial não seria comercial. Portanto, tratar a questão como se não passasse de um bem de consumo seria por demais temerário, mormente pelo risco de que o objetivo de ganhar dinheiro em muito se afaste da virtude que há na real finalidade, qual seja, propiciar acesso à melhores condições de vida e reduzir as desigualdades sociais. Tratar-se-ia de uma espécie de *coisificação* de valores fundamentais, como o acesso à justiça e, em última análise, da própria dignidade da pessoa humana.

De mais a mais, o debate passa ainda por outra discussão: a atribuição de vantagens legais para a defesa dos comprovadamente pobres seria justa? Tomemos como exemplo o sistema brasileiro. Dentre outras vantagens é estabelecida a previsão da contagem de todos os prazos em dobro[6], quando estiver em atuação a Defen-

5. KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura: texto Integral.* Coleção obra prima de cada autor. São Paulo: Martin Claret, 2010.
6. A previsão é encontrada na Lei Complementar 80/1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, assim como no Código de Processo Civil, que em seu artigo 186

soria Pública, assim como a autonomia concedida ao órgão, que passa a agir com certa independência dos poderes (especialmente no que concerne ao Executivo, em face do qual, corriqueiramente, tem que litigar a fim de exigir a efetivação de direitos).

Sob determinados pontos de vistas tais vantagens podem parecer injustas, já que são concedidas apenas a parcela do corpo social e a alguns órgãos[7]. De mais a mais, poder-se-ia argumentar que as mesmas garantias (prazo em dobro, por exemplo) não são concedidas a advogados privados quando realizam atuação *pro bono* (atuam na defesa de cidadãos carentes, sendo remunerados pelos cofres públicos, como sói ser em localidades onde não há Defensoria Pública instalada ou ainda se mostra carente de estrutura)[8].

As prerrogativas previstas para a Defensoria Pública brasileira poderiam ser atribuídas em um sistema privado? Nesse caso isso equivaleria a conceder benefícios desarrazoados? A concessão de tais vantagens ao defensor privado apenas quando defendesse pessoas pobres pareceria mais justa? No último caso quem iria fiscalizar? O Estado? Mas para isso os cidadãos não teriam que pagar impostos que possibilitassem um serviço de fiscalização, além do pagamento do serviço advocatício privado? Ou o próprio Estado remuneraria tais profissionais? Como se daria a escolha de um defensor privado capacitado, remunerado pelo Estado? Seria de livre escolha da parte? Ou a escolha caberia ao próprio Estado, através de uma seleção? Isso já não seria o reconhecimento da necessidade de haver uma organização pública voltada para tal missão?

As ideias de equidade formuladas por Jonh Rawls[9] podem servir como excelente ponto de partida para desvendar soluções à questão. Seguindo essa rota, podemos concluir que não se trata de mérito moral (ou seja, pelo fato de o cidadão ser pobre ele me-

---

dispõe: "A Defensoria Pública gozará de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais".

7. No caso brasileiro a autonomia foi conferida ao Ministério Público e à Defensoria Pública. Já a contagem diferenciada dos prazos, além destes órgãos, é prevista para as Procuradorias.

8. O Código de Processo Civil Brasileiro (lei 13.105/2015) passou a prever a concessão de prazo dobrado também para os escritórios de prática jurídica das faculdades de Direito reconhecidas na forma da lei e às entidades que prestam assistência jurídica gratuita em razão de convênios firmados com a Defensoria Pública.

9. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Editora, 2008. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos.

receria participar do jogo jurídico com determinadas vantagens), mas de definir-se uma política distributiva, que proporcione acesso à justiça para todos os cidadãos em pé de igualdade.

A concessão de vantagens a um órgão responsável pela assistência aos cidadãos carentes poderia ser justificada – pelo menos no caso do Brasil, o que também se aplicaria a outros países em iguais condições - considerando o grande número de pessoas necessitadas, restando evidente, por exemplo, a necessidade de maior prazo para realizar suas manifestações nos processos, o qual seria proporcional a alta demanda, a fim de que se possa atuar em pé de igualdade com defensores privados, os quais possuem a possibilidade de limitar seus clientes sempre que verificarem que o número elevado é capaz de comprometer a prestação de um serviço de qualidade ou gerar uma defesa deficiente.

Conforme esclarece Rawls[10] "ninguém merece ter maior capacidade natural ou ocupar um ponto de partida privilegiado na sociedade". Segundo anota Amélia Soares da Rocha, "embora o ponto de chegada ansiado seja o mesmo para todos, há diferentes pontos de partida para os subintegrados, os integrados e os sobreintegrados. Tal diferença na "largada" não pode ser menosprezada, tendo reflexos em vários aspectos da vida, inclusive daqueles que, do alto de sua superioridade econômica, acham que os "problemas dos pobres" não lhes dizem respeito"[11].

Destarte, a previsão de vantagens legais pode servir para igualar capacidades sociais, permitindo que a pessoa carente ocupe um ponto de partida que a permita manter-se em rota de igualdade na corrida social, pelo menos no que diz respeito à exigência de seus direitos.

Interessante também, nesse cenário, considerarmos o conceito de responsabilidade coletiva, exposto por Hannah Arendt[12], para quem é possível assumirmos responsabilidades por atos que não praticamos, desde que não haja sentimento de culpa e exis-

10. Citado por SANDEL, J. Michael; Heloisa Matias e Marta Alice Máximo (trad.). *Justiça – O que é fazer a coisa certa*. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 221.
11. ROCHA, Amélia Soares da. *Defensoria pública: fundamentos, organização e funcionamento*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 3.
12. ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e julgamento*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ta vínculo (por exemplo, ser brasileiro, viver em uma sociedade ou, numa perspectiva universal, ser humano). Nenhum de nós é culpado pelo ato que determina a desigualdade social, precárias condições de vida, péssima educação e serviços públicos de saúde deficitários, pois não o praticamos, porém nos beneficiamos dele, já que em uma sociedade onde não existam igualdades de oportunidades aqueles que já se encontram em melhor situação têm mais facilidade de manterem seus postos. A responsabilidade coletiva, assim, é o preço que se deve pagar por viver entre semelhantes.

A existência de um serviço gratuito voltado à defesa de pessoas carentes, mantido com dinheiro dos cidadãos mais afortunados (no caso brasileiro, os impostos), derivaria, de acordo com o conceito acima apresentado, da responsabilidade coletiva dos nacionais de uma terra marcada pela grande discrepância social e concentração de oportunidades.

A assistência jurídica gratuita – que no caso brasileiro, como veremos com mais especificidade a seguir, encontra alicerce na Defensoria Pública – em sua concepção mais moderna encontra-se também em sintonia com as modernas concepções filosóficas[13], seja inserindo-se nas ideias de uma sociedade pautada no princípio do amor – do que decorrem consequências como a preocupação com o outro, com a coletividade e com as gerações futuras, numa espécie de segundo humanismo – de Luc Ferry[14] – ou como instrumento da igualação de oportunidades (pontos de partida) de John Raws, como já anotado antes.

1.1 MODELO DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA ADOTADO PELO BRASIL

Nos Estados contemporâneos é possível identificar, pelo menos, quatro modelos jurídico-assistenciais: (1) *Pro bono*; (2) *Judicare*; (3) *Salaried Staff Model*; (4) *Híbrido ou misto*.[15]

13. No sentido do conhecimento pautado pela busca da definição do bem soberano, da "vida boa" e da sabedoria que leva (ou pelo menos tentar levar) a ela.
14. FERRY, Luc. Rejane Janowitzer (trad.). *Do amor: uma filosofia para o século XXI*. Rio de Janeiro: Ridel, 2013.
15. Nesse sentido: ALVES, Cléber Francisco. *Justiça para todos! Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006; Diogo; SILVA,

No primeiro (*pro bono*), a assistência é prestada por profissionais liberais (advogados), sem contraprestação monetária. Em razão da ausência de contrapartida pecuniária, costuma-se afirmar que tal modelo é exercido em regime de caridade, por razões humanitárias.

Também no sistema *judicare* a assistência é prestada por advogados, porém, nesse caso poderá ocorrer remuneração pelos cofres públicos. A insuficiente instalação da Defensoria Pública e o alto índice de pobreza no Brasil permite identificar tal modelo, ainda que de forma subsidiária e temporária, através da indicação e remuneração dos denominados "advogados dativos", aqueles nomeados para a defesa de caso específico no qual a parte é economicamente necessitada, sendo posteriormente remunerados pelo Poder Público pelo ato (processo, audiência, apresentação de defesa etc.). Trata-se, no Brasil, de um modelo em rota de inconstitucionalidade, ou seja, somente se mostra possível diante da ausência de Defensoria Pública efetivamente instalada na localidade e enquanto perdurar esta situação, sendo certo que, nos termos do artigo 98 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, o que, segundo o dispositivo, deverá ocorrer no prazo de oito anos, a contar de 2014.

Já no *salaried staff model*, também designado como "advocacia pública" em razão de a prestação de assistência ser realizada por profissionais que recebem uma remuneração fixa para o desempenho da função como um todo (e não caso a caso, como ocorre no *judicare*), um corpo de profissionais é remunerado para atuar em todas as causas[16].

Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da defensoria pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2014; LIMA, Frederico Viana de. *Defensoria pública*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2014; e NETO, José Wellington Bezerra da Costa. *Assistência judiciária gratuita: acesso à justiça e carência econômica*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

16. Convém distinguir (1) a "advocacia", prestada em regime privado (Artigo 133 da Constituição Federal), da (2) "advocacia pública", prestada em regime público e responsável por representar a União e pela representação, consultoria e assessoramento do Poder Executivo (Artigo 131 da Constituição Federal) e da (3) Defensoria Pública, com atribuição de promover a defesa do necessitado e promover os direitos humanos (Artigo 134 da Constituição Federal). Por isso, o termo "advocacia pública" não é o melhor quando busca-se referir ao *salaried staff model*, por estar propenso a gerar certa confusão.

No "*modelo de pessoal assalariado*" a assistência tanto pode ser prestada por entidades não estatais subvencionadas por verbas públicas, geralmente sem fins lucrativos, quanto pode haver a criação de um organismo estatal responsável pela prestação da assistência por meio de seu próprio corpo de servidores. Neste último caso se enquadra a Defensoria Pública.

Por sua vez, os modelos mistos mesclam as fórmulas dos sistemas mencionados acima.

Destarte, no Brasil, o constituinte de oitenta e oito fez clara opção pelo "*salaried staff model*", criando um organismo específico, a Defensoria Pública, para o desempenho da assistência jurídica integral e gratuita, conforme o artigo 134 da Constituição Federal.

De se notar que o modelo brasileiro não impede a prestação de assistência voluntária, por razões de humanidade. No modelo brasileiro de Defensoria Pública, contudo, há direito (subjetivo) à assistência, enquanto no *pro bono* conta-se com a boa votante do profissional caridoso, o qual não está impedido de agir caridosamente, mesmo em locais onde a Defensoria esteja efetivamente instalada, porém, não pode ser forçado a atuar.

Não há, assim, que se falar em exclusividade do serviço jurídico-assistencial pelo órgão público *defensorial*, considerando, ainda, a possibilidade de patrocínio advocatício (privado), ainda que condicionado o pagamento de honorários apenas no final do litígio ou em caso de sucesso da demanda.

O que resta impedido é utilização de verbas públicas para o custeio de outro sistema, contrariando o preceito constitucional (art. 134, *caput*, c/c 5º, LXXIV) que atribuiu a um órgão específico (a Defensoria Pública) a função. Regulamento a disposição constitucional, o artigo 4º, parágrafo 5º da Lei Complementar 80 é claro ao dispor que "a assistência jurídica integral e gratuita custeada ou fornecida pelo Estado será exercida pela Defensoria Pública".

Neste sentido, por meio da ADI 3792/RN, o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional lei estadual que determinara a realização de plantão criminal por escritório de prática jurídica gratuita mantido por curso de Direito de Universidade do Estado, adotando, como um dos fundamentos, o dever fundamental de

prestação de assistência jurídica gratuita por meio da Defensoria Pública.

Conforme anotou o Ministro Relator, Dias Toffoli: "verifica-se, de plano, que o escopo da legislação é o suprimento parcial da deficiência do poder público em assegurar aos hipossuficientes o direito à assistência judiciária integral e gratuita (art. 5º, LXXIV, CF/88) e o amplo acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, CF/88).

Desse modo, ao invés de o Poder Público desempenhar esse dever fundamental por intermédio da Defensoria Pública, a teor do art. 134 da Constituição Federal, procurando, ao máximo, mitigar as deficiências dessa instituição permanente e essencial à Justiça, o legislador potiguar, em substituição, impôs, nos casos de ausência de defensor público constituído, que essa atividade fosse desempenhada por estudantes da universidade estadual, a qual, frise-se, tem por objetivo precípuo as atividades de ensino superior, mas que, aos finais de semana e feriados, passará a desempenhar, obrigatoriamente, por intermédio do seu corpo de alunos e professores, funções de assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes financeiramente", mediante remuneração.

Não se veda o exercício do serviço de assistência jurídica gratuita aos necessitados pelos escritórios de prática jurídica das instituições de ensino superior. O que não se pode é tentar substituir o modelo de Defensoria Pública, constitucionalmente estabelecido, seja por ato comissivo, dando indevida destinação a verbas públicas para a criação ou manutenção de sistema de assistência diverso do instituído pelo constituinte, seja por omissão, afastando-se do dever (do programa constitucional) de estruturar o órgão.

Assim, a Defensoria Pública é responsável, no Brasil, pela realização da prestação de assistência jurídica integral e *gratuita*, por meio de um corpo de Defensores Públicos que seguem regras próprias de seleção, remuneração e atuação.

CAPÍTULO II

DEFENSORIA PÚBLICA, UM DIREITO FUNDAMENTAL

2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Código de Hamurabi (1690 a.C.) é apontado como um dos primeiros diplomas legais a prever direitos comuns a todos os cidadãos, como o direito à vida e à propriedade, assim como a supremacia da lei em relação aos governantes.

Na "Grécia filosófica" desenvolvia-se o pensamento de um direito válido, incessante, para todos os seres humanos. Em Roma, desenvolveu-se um mecanismo que visava tutelar direitos individuais em relação aos arbítrios estatais, os chamados interditos. A Lei das doze Tábuas é importante referência quando se busca as origens dos direitos consagradores da liberdade, da propriedade e da proteção dos cidadãos.

Durante a idade média podem ser encontrados diversos documentos jurídicos que reconheciam a existência de direitos humanos, limitando o poder estatal, mesmo tendo em vista a rígida separação de classes proveniente do regime feudal.

Já no século XIII (em 15/06/1215), outorgada por João Sem-terra, surge a *Magna Charta Libertatum*[1], a qual estabelecia, dentre outras garantias, a liberdade da Igreja da Inglaterra, restrições tributárias, proporcionalidade entre a gravidade do delito e a sanção, a previsão do devido processo legal, o livre acesso a justiça etc.

1. Tratava-se, na verdade, de imposição imposta pelos barões proprietários de terras ao Rei João, o que acabou por gerar uma ampla garantia dos direitos.

Alguns séculos depois aparecem a *Petition of* Right (1628), a qual previa, entre outras coisas, que nenhum homem livre ficasse sob prisão ou detido ilegalmente; o *Habeas Corpus Act* (1679), onde se regulamentou tal instituto, anteriormente reconhecido apenas pela *common law*; dez anos mais tarde a *Bill of Rights* (1689), trazendo em seu bojo enorme restrição ao poder estatal; o *Act of Seattlemente* (12.06.1701), no qual se previu a possibilidade do *impeachment*, configurando-se como um ato reafirmador da legalidade e responsabilização política dos governantes.

Logo após, com idêntica importância, encontram-se nos Estados Unidos da América contribuições imprescindíveis ao desenvolvimento dos direitos em questão. Podem ser citados como de preponderante valor a *Declaração de Direitos da Virginía*, onde foram expressamente previstos diversos direitos humanos fundamentais, tais como o princípio da igualdade e o princípio do juiz natural e imparcial; a *Declaração de Independência dos Estados Unidos da América*, possuindo como seu principal articulador Thomas Jefferson, e a *Constituição dos Estados Unidos da América* e suas dez primeiras emendas (que continham o chamado "*Bill of Rights*"), as quais tiveram como aspecto primordial a limitação do poder estatal, estabelecendo vários direitos fundamentais.

A expressão *Direitos Fundamentais* surgiu por volta de 1770, como fruto do movimento francês deflagrador da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (26.08.1789), cujo preâmbulo assim dispôs:

> O povo francês, convencido de que o esquecimento e o desprezo dos direitos naturais do homem são as causas das desgraças do mundo, resolveu expor, numa declaração solene, esses direitos sagrados e inalienáveis, a fim de que todos os cidadãos, podendo comparar sem cessar os atos do governo com a finalidade de toda a instituição social, nunca se deixem oprimir ou aviltar pela tirania; a fim de que o povo tenha sempre perante os olhos as bases da sua liberdade e da sua felicidade, o magistrado a regra dos seus deveres, o legislador o objeto da sua missão. Por consequência, proclama, na presença do Ser Supremo, a seguinte declaração dos direitos do homem e do cidadão.

Passados mais de dois séculos a humanidade está ainda longe de afastar as desgraças do mundo. O esquecimento e o desprezo dos direitos do homem continuam a se repetir com intensidade.

Nada obstante no século XIX a efetivação dos direitos fundamentais tenha continuado durante o constitucionalismo liberal[2]; assim como possamos verificar, ao longo do século XX, diplomas comprometidos com preocupações sociais[3], concluímos hodiernamente que de nada vale a previsão de direitos sem sua efetivação.

No nosso país, a Constituição Política do Império do Brasil de 1824 previa, em título específico, extenso rol de direitos fundamentais do homem. Tal característica repetiu-se em todas as constituições brasileiras, as quais sempre trouxeram em seu bojo extensa enumeração desses direitos.

Quem se atreveria a afirmar, todavia, que vivemos num país no qual os direitos (pelo menos de natureza fundamental) são acessíveis à população?

2.2 DEFENSORIA PÚBLICA COMO DIREITO, GARANTIA E DEVER FUNDAMENTAL

A superação do paradigma liberal-individualista, e sua substituição por um modelo jurídico-social, tem marco, no Brasil, na Constituição de 1988. A ruptura é representada, dentre outras, pela criação da Defensoria Pública, superando-se, inclusive, a cultura da *assistência judiciária*, que passou a ter espectro mais abrangente (em prol da tutela de direitos dos necessitados), por meio da *assistência jurídica*[4].

Nesse contexto, a Defensoria Pública configura, a um só tempo, direito e garantia fundamental. É direito, pois cabe ao Estado propiciar assistência jurídica integral a quem demonstre insuficiência de recursos, mediante a prévia disponibilização do serviço de assis-

---

2. Dessa época são a Constituição Espanhola (19.03.1812), a Constituição Portuguesa (23.09.1822), a Constituição Belga (01.02.1831) e a Declaração Francesa de 1848, a qual esboçou uma ampliação dos direitos humanos fundamentais.
3. A Constituição mexicana (1917), por exemplo, passou a garantir direitos trabalhistas (art. 5º) e relativos à efetivação da educação (art. 3º, VI e VII). A Constituição de Weimar previu Direitos e Deveres fundamentais dos alemães, como a inviolabilidade das correspondências (art. 117), a liberdade de pensamento (art. 118), igualdade entre os sexos (art. 119), direitos direcionados especificamente à juventude (arts. 120 a 122), liberdade de culto (art. 135), sistema de seguridade social (art. 160) etc.
4. Sobre a superação do paradigma liberal e sua relação com a criação da Defensoria Pública ver: Fensterseifer, Tiago. *Defensoria pública, direitos fundamentais e ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 32-35.

tência em todo o país. É, ainda, garantia, voltada à implementação do acesso à justiça, o que se conclui da leitura dos artigos 134 e 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal de 1988.

Os Direitos fundamentais são normas essenciais que conferem sistematicidade à Constituição e traçam balizas interpretativas do ordenamento jurídico, garantindo o mínimo necessário ao indivíduo. Possuem estrita relação com os direitos humanos, muitas vezes se confundindo com estes. Por sua importância, possuem aplicação imediata, ou seja, *não podem ter sua aplicabilidade retardada pela mora legislativa quanto à sua regulamentação ou por decisões políticas discricionárias que os coloquem em segundo plano*.

Não basta, entretanto, que um direito seja reconhecido e declarado, sendo imprescindível garanti-lo. Conforme se lê no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 "Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não se acha assegurada nem a separação dos poderes estabelecida não tem Constituição".

Ruy Barbosa já ensinava haver "no texto da lei fundamental as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias"[5].

Não são nítidas, todavia, a linhas divisórias entre direitos e garantias. Não raro vê-se confusão doutrinária e legislativa. O próprio legislador constituinte de 1988 tratou a questão de forma genérica, ao enunciar o Título II da Constituição: "Dos direitos e garantias individuais", sem apartar as duas categorias.

Paulo Bonavides[6] ressalta que em casos excepcionais é impossível distinguir tais institutos, os quais, todavia, no geral, são dissociáveis. Não raro, juntam-se no mesmo texto normativo a fixação da garantia e a declaração de direitos. É que os direitos fundamentais, por sua própria estrutura, natureza e função, constituem-se em direitos propriamente ditos, por um lado, e garantias, por outro.

As garantias visam defender os direitos contra certas classes de atentados[7]. Os direitos podem ser gozados sem a utilização das

5. BARBOSA, Ruy. *República: teoria e prática: textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República*. Petrópolis/Brasília: Vozes/ Câmara dos Deputados, 1978.
6. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. Brasil: Malheiros, 2000.
7. Doutrinariamente, apontam-se três sentidos para a expressão "garantias fundamentais": reconhecimento positivado nas constituições dos direitos fundamentais; prescrições

garantias. Essas, porém, são instrumentos a serviço da proteção e efetivação daqueles (direitos), sempre que de alguma forma sejam negados ou violados. São, ao cabo, direitos instrumentais concedidos para proteção, defesa e concretização de outros.

Os direitos fundamentais consagrados pelas Constituições, como a liberdade, a saúde, enfim, a própria dignidade, valor supremo, ficariam sem qualquer sentido se não viessem acompanhados de concretos instrumentos que conferissem o devido alcance prático. Bem por isso as Cartas já costumam prever uma série de possíveis ações, verdadeiros direitos de ordem processual, visando basicamente a obtenção de medidas judiciais específicas. Tradicionalmente apontam-se como típicas e expressas garantias de tal natureza o habeas corpus, o mandado de segurança e o mandado de injunção, conforme se vê, por exemplo, na Constituição brasileira. Não se resumem a essas, todavia. Podem elas decorrer, até mesmo, implicitamente, de regras trazidas na norma constitucional, não necessitando, de forma inarredável, constar expressamente de dispositivo específico aposto no corpo da Constituição, todos corolários do princípio do acesso à justiça, sendo este último, dependente, para os necessitados da Defensoria Pública.

Não seria errôneo afirmar, a contrário senso, sob a perspectiva das obrigações do Estado, que a Defensoria Pública configura, também, um *dever fundamental*. Dever fundamental, portanto, seria aquilo que deriva de um direito fundamental.

Numa perspectiva de dimensão objetiva dos direitos fundamentais mostra-se necessária uma postura ativa do Estado na tutela desses direitos, um verdadeiro *dever de proteção*. Conforme restou assentado em decisão do Supremo Tribunal Federal:

> "os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (Übermassverbot), mas também uma proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot) (Claus-Wilhelm Canaris, Grundrechtswirkungen um Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts, JuS, 1989, p. 161.).

---

que vedam determinadas ações do poder público; recursos jurídicos destinados a fazer efetivos os direitos que assegura.

> Nessa dimensão objetiva, também assume relevo a perspectiva dos direitos à organização e ao procedimento (Recht auf Organization und auf Verfahren), que são aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização, de providências estatais com vistas à criação e conformação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação"[8].

Sob a perspectiva de um dever, a Defensoria se enquadra naquilo que Jellinek[9] denominou de status positivo de um direito fundamental. Segundo a classificação por ele sugerida é possível identificar quatro status: o ativo (ou da cidadania)[10], o passivo (ou subserviente)[11], o negativo (ou *libertatis*)[12] e o positivo (da cidadania ativa), este último tido como a capacidade protegida juridicamente de exigir prestações positivas do Estado, ou seja, direito do cidadão em face daquele, às ações estatais.

Sendo o *status* uma relação entre o cidadão e o Estado, que qualifica o indivíduo, sempre que se observar uma situação de necessidade (artigo 5º, LXXIV da CF) o cidadão vulnerável assim qualificado poderá exigir do Estado que lhe forneça assistência jurídica gratuita, que deverá ser prestada por meio de um Defensor Público, por força de disposição constitucional (art. 134 da CF) da qual o administrador público não pode se afastar.

É que os direitos fundamentais possuem dupla dimensão, onde são, concomitantemente, bases fundamentais da ordem jurídica, e, ainda, *direitos subjetivos* passíveis de ser reclamados (inclusive, em juízo).

Do *status*, portanto, decorrem direitos subjetivos, no caso, relacionados ao acesso à justiça pelos necessitados. A existência de Defensoria Pública em todos os rincões do país, demais disso, decorre daí, cabendo ao cidadão que faz jus aos serviços da instituição exigir sua instalação, para que possa acessá-la quando precise. Presente aí, destarte, o direito fundamental em seu aspecto objetivo e subjetivo.

---

8. Trecho de decisão do Ministro Gilmar Mendes na Suspensão de Segurança 3741/CE, julgada em 27.05.2009.
9. Citado por ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 255-269.
10. Relacionado aos direitos que tenham como objeto a participação do cidadão na formação da vontade estatal, como direito ao voto.
11. Concernente as obrigações do indivíduo, em razão de sua sujeição ao Estado.
12. Relativo à esfera de liberdade do indivíduo frente ao Estado.

CAPÍTULO III

HISTÓRICO

Na América Latina, nas primeiras décadas da segunda metade do século XX, apesar de se identificar a existência de programas estatais com o objetivo formal de reduzir as desigualdades sociais, o resultado prático era exatamente o inverso, ou seja, manter ou aumentar a desigualdade. De um modo geral, a advocacia não conseguia contribuir para a alteração do quadro e mesmo programas de serviços legais, quando existentes, mostravam-se ineficazes, pautando-se por uma visão tradicional.

Conforme informa Caio Santiago Fernandes Santos[1], aponta-se como características desta visão tradicional: seu caráter extremamente *assistencialista* (marcado pelo espírito de caridade); e *individualista* (voltada para o atendimento apenas de conflitos individualizados); a adoção de uma postura *hierarquizada* e *mística*, onde se verifica grande distanciamento entre o detentor do conhecimento (advogado) e aquele que necessita do serviço (cliente), estimulado pelo *formalismo dos símbolos* e fortalecido pela ideia de que o conhecimento técnico-jurídico é acessível a poucos, numa espécie de sacralização do saber; a *adoção de estratégias exclusivamente judiciais* para a solução dos problemas, tratados por *equipes formadas somente por advogados*. Em verdade, tais serviços legais, quando existentes, por suas próprias caraterísticas, em vez de assegurar direitos sociais e influenciar nas políticas públicas, acabavam por "pacificar os mais pobres e dificultar sua organização"[2],

1. SANTOS, Caio Santiago Fernandes. *Defensoria Pública e os movimentos sociais: novas possibilidades de acesso à justiça no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2017. P. 44.
2. *Ibidem*. p. 47.

identificando-se aí mais uma caraterísticas da visão tradicional, qual seja, o serviço funcionar como *"instrumento de redução artificial de conflitos e controle social (...) muitas vezes oferecendo 'orientação jurídica' para buscar convencer os clientes da ausência de violação de direitos"*[3].

Ao longo da década de oitenta (1980), emergiram na região novos serviços legais, com foco na inclusão social da população mais pobre, minorias sociais e grupos oprimidos, impulsionados por advogados com perfil ideológico e progressista, engajamento da esquerda política, apoio da Igreja Católica e estímulo financeiro internacional, assim como pelo surgimento de movimentos sociais voltados à luta por direitos[4].

Este novo cenário, inovador, tem suas características marcadas, com os devidos temperamentos, pelo abandono progressivo da visão tradicional de assistência legal, especialmente: *atendimento e priorização de casos envolvendo interesses coletivos*; abandono da postura caritativa e paternalista, substituída por um *trabalho pautado pela conscientização e organização comunitária*; *horizontalização da relação entre advogado e cliente*, substituindo-se a relação hierárquica por uma atuação de coordenação e mediação entre os atores na postulação jurídica, atenuando-se uma *série de símbolos formais* e estimulando uma relação dialética entre o saber culto e o popular; promovendo a *capacitação jurídica popular e estimulando a autodefesa dos direitos*, situando os problemas num contexto mais amplo, para além dos Tribunais (de forma que *as questões passam a ser enfrentadas não só sob o âmbito jurídico*, mas também político, social etc.); formação de *equipes multidisciplinares*; maior sensibilização para *questões com impacto social*[5].

Especificamente no Brasil, até o final do século XIX, a assistência jurídica foi tratada de maneira incipiente. A partir da segunda década, identifica-se algumas normas que se preocupam com a matéria, como as Ordenações Filipinas, que dispensava o pagamento de custas àqueles que se declarassem pobres. Dessa época, destaca-se a criação do cargo de "advogado dos pobres", através de

3. *Ibidem*. p. 63.
4. *Ibidem*. p. 48.
5. *Ibidem*. p. 59-65.

iniciativa do Instituto dos Advogados Brasileiros, sendo, contudo, extinto precocemente em 1884.

Somente em 1897, com o Decreto 2.457, foi instituída a "Assistência Judiciária, para o patrocínio gratuito dos pobres que forem litigantes no cível ou no crime, como autores ou réus, ou em qualquer outra qualidade"[6], exercida por uma comissão central e várias seccionais[7]. Com Decreto 20.784 de 1931, que criou o Regulamento da Ordem dos Advogados do Brasil, recém-criada no ano anterior, previu-se a *assistência judiciária* em todo o território nacional, sob exclusiva atribuição da OAB. Não se falava, ainda, em assistência jurídica, termo mais amplo, que vai além do amparo perante causas que tramitam no Poder Judiciário. No âmbito da União, destaca-se os chamados Advogados de Ofício, que atuavam junto à Justiça Militar e que serviram para, posteriormente, constituir os quadros iniciais da Defensoria Pública da União[8].

Com a Constituição de 1934 passou-se a inserir a *assistência judiciária* dentre os Direitos e Garantias Individuais dos Cidadãos. A partir daí, com exceção da Carta de 1937, a assistência judiciária vem sendo contemplada em todas as Constituições brasileiras, no capítulo referente aos direitos e garantias individuais.

No antigo Distrito Federal (que depois veio a se tornar Estado da Guanabara) e no Estado do Rio de Janeiro (que compreendia a área geográfica do atual Estado com exceção da cidade do Rio de Janeiro), foram editadas leis fazendo menção à figura do Defensor Público. Com a Lei Complementar Estadual 06 de 1977

6. Consulta realizada por meio da Legislação Informatizada da Câmara dos Deputados. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2457-8-fevereiro-1897-539641-publicacaooriginal-38989-pe.html. Acesso em 11.05.2016.

7. O serviço, nos termos do Decreto, circunscrevia-se ao Distrito Federal. A norma dispôs, ainda, sobre o conceito de pobreza, assim considerando "toda pessoa que, tendo direitos a fazer valer em Juízo, estiver impossibilitada de pagar ou adiantar as custas e despesas do processo sem privar-se de recursos pecuniários indispensáveis para as necessidades ordinárias da própria manutenção ou da família", excluindo, contudo, as corporações e associações de qualquer espécie, assim como o estrangeiro no cível, que não poderiam se valer do benefício, salvo, no caso deste último, quando houvesse reciprocidade de benefício no país a que pertencer.

8. Sobre o tema: ROCHA, Jorge Bheron. O histórico do arcabouço normativo da defensoria pública: da assistência judiciária à assistência defensorial internacional. In: ANTUNES, Maria João; SANTOS, Cláudia Cruz; AMARAL, Cláudio do Prado (Orgs). *Os novos atores da justiça penal*. Coimbra: Almedina, 2016.

do novo Estado do Rio de Janeiro (decorrente da fusão entre os Estados do Rio de Janeiro e da Guanabara) criou-se a Defensoria Pública como órgão.

Uma curiosidade – de certa forma relevante, pois explica a proximidade entre as instituições em alguns aspectos – é que, neste contexto, a Defensoria Pública se encontrava originalmente inserida na carreira do Ministério Público, de forma que a assistência aos necessitados era prestada por membros do *parquet*. A carreira do Ministério Público (artigo 2.º da Lei n. 216/48 do Distrito Federal, transformado no Estado da Guanabara), assim, compreendia os cargos de Defensor Público e Promotor, sendo que o ingresso na carreira se dava para o cargo inicial de Defensor Público. A situação era observada também no antigo Estado do Rio de Janeiro, com a criação de seis cargos isolados de Defensores Públicos vinculados à estrutura administrativa da Procuradoria-Geral de Justiça, nada obstante também tenha se atribuído aos integrantes do *parquet* o patrocínio gratuito, nos feitos cíveis e criminais, dos juridicamente necessitados (Leis estaduais n. 2.188/54 e n. 5.111/62).

Apesar da experiência vivenciada em âmbito estadual a partir da segunda metade do século XX, a Defensoria Pública somente se consolida com Constituição Federal de 1988, que passou, já em seu texto original, a prever a instituição em seção destinada, conjuntamente, à Advocacia e à Defensoria Pública (artigos 133 a 135).

3.1 O NOVO PERFIL CONSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA APÓS AS EMENDAS CONSTITUCIONAIS 45/2004, 74/2013 E 80/2015 E SUA NATUREZA JURÍDICA

A experiência observada após oitenta e oito demonstrou a necessidade de aprimoramento da previsão constitucional, considerando o desenvolvimento institucional e as necessidades que vieram a se apresentar no curso desses anos[9].

---

9. A Assembleia Nacional Constituinte já alertava para a necessidade de uma Defensoria Pública autônoma, configurando uma promessa do constituinte. Nesse sentido: MAIA, Maurílio Casas. *Autonomia: promessa do constituinte à Defensoria e um débito histórico quitado*. Disponível em: http://emporiododireito.com.br/autonomia-defensoria/. Acesso em 01.05.2015; e ROCHA, Jorge Bheron. O histórico do arcabouço normativo da defensoria

As alterações vieram com as emendas constitucionais 45 de 2004, 74 de 2013 e 80 de 2015, sendo a mais importante delas a autonomia conferida ao órgão. O texto consolidado passou a prever:

> Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)
>
> § 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. (Renumerado do parágrafo único pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
>
> § 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
>
> § 3º Aplica-se o disposto no § 2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 74, de 2013)
>
> § 4º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)
>
> Art. 135. Os servidores integrantes das carreiras disciplinadas nas Seções II e III deste Capítulo serão remunerados na forma do art. 39, § 4º.

---

pública: da assistência judiciária à assistência defensorial internacional. In: ANTUNES, Maria João; SANTOS, Cláudia Cruz; AMARAL, Cláudio do Prado (Orgs). *Os novos atores da justiça penal*. Coimbra: Almedina, 2016.

O reconhecimento formal de direitos anteriores às próprias instituições políticas que posteriormente os afirmaram visa atribuir-lhes o dever de assegurá-los e protege-los. Bem por isso, avançando em buscar deste imperativo, o constitucionalismo liberal passou a definir os direitos fundamentais e demais princípios de limitação do poder estatal em texto normativo formal e solene, a Constituição, reconhecida a esta, posteriormente, a normatividade necessária à imposição de seus mandamentos.

Foi com esse intuito, de assegurar o exercício de direitos e aprimorar o sistema de justiça, que a Constituição Federal de 1988 previu a figura da Defensoria Pública. A previsão inicial se mostrou insuficiente para o desempenho da missão incumbida à instituição, vocacionada à orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e à defesa do necessitado, razão pela qual a Carta Federal foi aprimorada com o advento das Emendas Constitucionais já mencionadas.

A autonomia do órgão, nesse sentido, se mostrou imprescindível à necessária independência de instituição que litiga diariamente com o Poder Executivo, o mesmo que deveria proteger e efetivar direitos fundamentais. Daí o embate institucional, com o fito de fazer efetivos tais direitos, inclusive o próprio acesso à justiça[10].

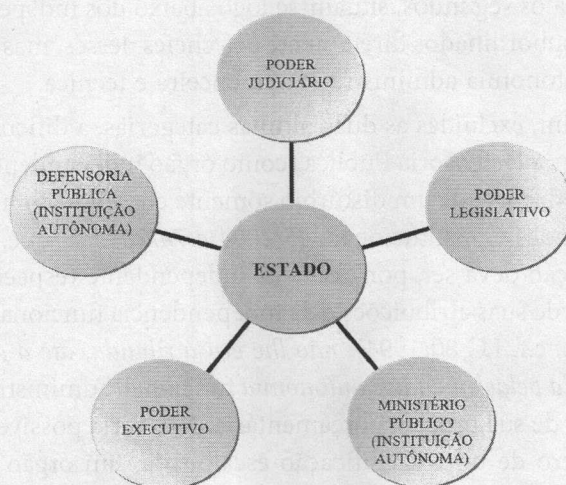
O pensamento então em voga na Idade Média, no sentido de que os direitos constituem privilégios de determinadas categorias sociais, parece não ter sido superado. Ainda em tempos hodiernos há quem pense que determinados direitos pertencem à certas castas. O que dizer, portanto, de uma instituição voltada à defesa dos necessitados e grupos vulneráveis? Um ente cuja missão é incluir os excluídos? Não é difícil notar por quais razões a expansão da Defensoria Pública encontra tantas resistências.

A Defensoria Pública configura, doravante, nova categoria, não se confundindo com o Ministério Público, Judiciário ou Ad-

10. No âmbito federal, por exemplo, trata-se do mesmo Poder ao qual encontrava-se absolutamente vinculada a Defensoria Pública da União até o ano de 2013 (quanto do advento da EC 74), autor da ADI que visa retirar a autonomia da instituição, mas que, contraditoriamente, manteve a mesma funcionando em regime emergencial durante aproximadamente vinte anos, com ausência de Defensores Públicos em quase oitenta por cento das seções judiciárias do país, sem carreira de apoio e com estrutura física precária.

vocacia. Tanto é assim que foi colocada, pela EC 80/2014, em *seção específica* do texto constitucional (originariamente constava em seção conjunta com a Advocacia, como acima anotado), o mesmo se verificando no Código de Processo Civil de 2015 (Título VII).

O novo perfil constitucional, assim, deixa indubitável que a atividade "defensorial" é única, possuindo traços distintivos, a exemplo da promoção de direitos humanos e da educação em direitos, o que a distingue, inclusive, da advocacia (pública e privada). Não é demasiada a utilização do neologismo "defensorar" ou "defensoriar", a fim de definir a atividade praticada pelo Defensor Público.

O Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto, em palestra proferida na Universidade Positivo do Paraná, em Curitiba, durante o XII Congresso Nacional de Defensores Públicos, abordou, de maneira didática, a nova posição constitucional da Defensoria em decorrência do texto constitucional. Como esclareceu Britto, a Defensoria Pública liga-se, em razão de sua autonomia, diretamente ao Estado, assim como os Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) e o Ministério Público. A imagem abaixo ilustra o raciocínio:

Certo é que a Constituição Federal estabelece a existência de três poderes: Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário (Art. 2º da Constituição Federal). Ao lado desses, há previsão de dois órgãos autônomos: a Defensoria Pública e o Ministério Pú-

blico (Artigos 134, §§ 2º e 3º e 127, §2º da Constituição Federal, respectivamente).

Mostra-se equivocado intitular qualquer dessas instituições autônomas de Poder (ou quarto poder, como se costuma mencionar em relação ao Ministério Público). As relevantes atribuições de um órgão e sua autonomia não o convertem em Poder da União.

Segundo a Teoria do Órgão, a Defensoria Pública, por analogia com as ciências biológicas, configuraria uma parte do corpo (humano), que, no seu todo, formaria o Estado brasileiro, ao lado de outros órgãos, todos componentes da unidade total, com a específica atribuição prevista no artigo 134 da Constituição Federal. A doutrina administrativista costuma classificar os órgãos públicos, quanto à sua posição estatal, em (a) independentes, (b) autônomos, (c) superiores e (d) subalternos ou inferiores. Os primeiros, por expressa disposição constitucional, são aqueles que atuam sem subordinação hierárquica ou funcional, de modo independente, por assim o exigirem suas próprias atribuições. Dentre esses são apontados, tradicionalmente, o Ministério Público e os Tribunais de Contas. Já os segundos, situam-se logo abaixo dos independentes, estando subordinados diretamente aos chefes desses, mas detendo ampla autonomia administrativa, financeira e técnica.

Assim, excluídas as duas últimas categorias, a dificuldade de enquadrar a Defensoria Pública (como órgão independente ou autônomo) decorre de um distúrbio somente corrigido com advento das Emendas Constitucionais *45/2004 e 74/2013*. É que, embora a instituição deva ser, por essência, independente (especialmente em razão de suas atribuições e da independência funcional de seus membros, c.f. LC 80/1994), *não lhe era atribuída, até a alteração promovida pelas emendas, autonomia* funcional, administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária. Não seria possível, assim, que, dentro de uma classificação escalonada, um órgão pudesse ser independente, sem que tivesse autonomia. Neste ponto, é válido registrar posição doutrinária no sentido de que, em virtude de sua atual posição constitucional, a Defensoria Pública não pode ser tecnicamente classificada como *órgão*. Sua *natureza jurídica*, assim, para esta corrente, seria de *instituição*:

> [I]sto se dá porque um órgão é um centro de atribuições de uma pessoa jurídica, incumbido de exercer funções a ele inerentes, prestando-a, com a finalidade de otimizar a prestação dessas atividades. Já uma instituição é a própria pessoa jurídica, que, através de seus órgãos, desempenham as atribuições que lhe são intrínsecas[11].

Neste sentido, o próprio artigo 134 da Constituição Federal refere-se à Defensoria Pública como "instituição permanente". Dessa forma, considera-se a Defensoria Pública como "instituição autônoma", o que seria diferente de "órgão autônomo".

Feito este esclarecimento, cabe observar que, cronologicamente, a autonomia foi conferida, pelo texto constitucional, primeiramente para às Defensorias Públicas estaduais, por meio da EC 45/2004. A distorção foi corrigida pelas Emendas 69 e 74, que explicitaram no texto constitucional que a autonomia se estende à Defensoria do Distrito Federal e à Defensoria Pública da União. A previsão de autonomia à DPU incomodou o Poder Executivo Federal, vindo este a ajuizar Ação Direta de Inconstitucionalidade (*ADI 5296*) contra a medida.

A ADI, ainda pendente de julgamento final , teve pedido de medida cautelar analisado pelos Ministros da Corte, os quais decidiram não ser, no plano federal, ao poder constituinte derivado, "extensível a cláusula de reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, prevista de modo expresso no art. 61, § 1º, apenas para o poder legislativo complementar e ordinário – poderes constituídos", assim como que "o conteúdo da Emenda Constitucional nº 74/2013 não se mostra assimilável às matérias do art. 61, § 1º, II, "c", da Constituição da República, considerado o seu objeto: a posição institucional da Defensoria Pública da União, e não o regime jurídico dos respectivos integrantes". Observou, ainda, que "a concessão de autonomia às Defensorias Públicas da União, dos Estados e do Distrito Federal encontra respaldo nas melhores práticas recomendadas pela comunidade jurídica internacional e não se mostra incompatível, em si, com a ordem constitucional", já que,

11. ALVES, Cleber Francisco Alves. *Justiça para todos! Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, França e Brasil.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.307.
No mesmo sentido: ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da Defensoria Pública.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 340.

em sua natureza, as atribuições da instituição "não guardam vinculação direta à essência da atividade executiva". Registra-se, por fim, que a ação já conta com maioria de votos pelo seu indeferimento, estando o julgamento suspenso em razão de pedido de vista.

Certo é que a clássica divisão de poderes sugerida por Montesquieu[12] há quase três séculos ainda hoje está em voga, embora com algumas atenuações. A exemplo disso, estabelece a Constituição Federal brasileira que são Poderes, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário[13].

A evolução da sociedade, especialmente quanto à sua complexidade, todavia, demonstra a necessidade avançarmos quanto à organização do Estado – o qual assumiu, também, obrigações no âmbito das relações sociais - sem malferir a cláusula pétrea da separação de poderes (Art. 60, §4º, II da CRFB), como, por exemplo, com a criação e previsão de instituições autônomas, caso, no Brasil, do Ministério Público e da Defensoria Pública, o que, inclusive, vai ao encontro do próprio objetivo da separação dos poderes, qual seja, evitar abusos no exercício do poder (impedindo sua concentração em uma autoridade) e proteger direitos (incialmente, relacionados às liberdades) dos governados.

Daniel Sarmento[14] bem aborda o tema:

> "No atual cenário, a significativa mudança no papel do Estado, que passou a intervir mais fortemente no âmbito das relações sociais, ensejou uma releitura da separação de poderes. Por um lado, não há mais tamanha rigidez no que concerne à divisão das funções estatais. Admite-se, por exemplo, uma participação maior do Executivo e mesmo do Poder Judiciário no processo de produção do Direito. Por outro, se reconhece a possibilidade de que existam instituições independentes, que atuem fora do âmbito dos três poderes estatais tradicionais.
>
> A não inclusão dessas instituições na estrutura dos três poderes estatais visa acima de tudo a lhes conferir a autonomia necessária

12. Montesquieu, Charles Louis de Secondat. *O espírito das leis*. 4. ed. São Paulo: Martins Editora, 2005.
13. Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.
14. *Dimensões constitucionais da defensoria pública da união*. Disponível em: http://www.anadef.org.br/images/Parecer_ANADEF_CERTO.pdf. Acesso em 25.10.2015.

para que possam desempenhar de modo adequado o seu papel. No Direito Comparado, isto ocorre em áreas variadas, como as que envolvem a persecução penal, a proteção de direitos humanos, o controle da integridade governamental, a realização e apuração de eleições e a tomada de decisões técnicas, que se queira blindar diante da política partidária (...)
Nesse contexto, pode-se dizer que os valores subjacentes à separação de poderes - de contenção da autoridade e garantia dos direitos - são promovidos, e não solapados, quando certas instituições que necessitam de independência para o desempenho das suas funções são retiradas da alçada do Poder Executivo, como se deu com a Defensoria Pública da União (...)
A ordem constitucional brasileira convive, sem problemas, com instituições independentes situadas fora dos três poderes estatais tradicionais. É assim, desde a promulgação da Carta, com o Ministério Público".

Nessa ordem de ideias vale observar não haver diferença entre a autonomia conferida pelo poder constituinte originário e por aquela introduzida pelo poder constituinte derivado. Este último, responsável pelo exercício do poder de reforma, encontra limites - materiais e formais. O primeiro se revela nas cláusulas pétreas previstas no parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição Federal[15], enquanto os limites formais se consubstanciam em questões procedimentais:

Art. 60. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I - a forma federativa de Estado;
II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
III - a separação dos Poderes;
IV - os direitos e garantias individuais.

Com a autoridade que lhe é conferida em razão de notável saber jurídico, Paulo Bonavides, sobre o poder constituinte derivado de reforma, escreve: "Não poderá ele sobrepor-se assim ao

15. Nada obstante a atribuição de autonomia não se relacione diretamente com a separação dos poderes e não tangencie, sequer indiretamente, o núcleo essencial desta cláusula, cumpre desde já afastar qualquer interpretação elástica e expansiva que que assim o pretenda fazer. Aliás, conforme bem anotou o Ministro Gilmar Mendes, "a aplicação ortodoxa das cláusulas pétreas, ao invés de assegurar a continuidade do sistema constitucional, pode antecipar a sua ruptura" (ADI 2.395, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 09.05.2007.).

texto constitucional. É óbvio pois que a reforma da Constituição nessa última hipótese só se fará segundo os moldes estabelecidos pelo próprio figurino constitucional"[16]. Afora isso a Carta Federal pode ser modicada, pelo rigoroso processo da Emenda Constitucional. Não há que se falar, portando, em maior ou menor grau da norma introduzida pelo constituinte originário ou derivado. Não havendo impedimento nos limites citados, a alteração da Constituição é válida e a nova regra ou princípio tem o mesmo *status* constitucional daquele constante na Carta desde seu nascedouro, em 1988. Em outros termos, não há que se falar em norma constitucional (leia-se, autonomia) de segunda categoria.

Evidentemente, a ninguém interessa enfraquecer a República. Bem por isso, ao poder constituinte derivado cabe agir com parcimônia e responsabilidade, como o fez quando da aprovação das Emendas Constitucionais 45 e 74, que atribuíram autonomia às Defensorias Públicas dos Estados, do Distrito Federal e da União, guardando "compatibilidade com o desenvolvimento das finalidades da República de reduzir as desigualdades sociais, ao conferir solidez às condições orçamentárias e financeiras à Defensoria Pública"[17]. Não deve, assim, o constituinte, atribuir autonomia indiscriminadamente. É saudável que algumas instituições públicas permaneçam vinculadas diretamente, como órgãos, ao poder executivo, enquanto outras, a exemplo do Ministério Público, da Defensoria Pública, funções essenciais à Justiça, e do Tribunal de Contas[18], necessitem ser dotadas de autonomia e seus membros de independência funcional, para o correto desempenho de sua missão constitucional.

Buscando sistematizar a questão, é possível estabelecer critérios para se aferir o acerto quanto ao destacamento de um órgão do Poder ao qual pertence, por meio da atribuição de autonomia, sem que reste ferido o ordenamento jurídico. São eles: (a) o crité-

---

16. *Curso de direito constitucional*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 206.
17. Conforme consta na justificativa da Proposta de Emenda à Constituição que culminou com a aprovação da EC 74/2013.
18. Acerca do Tribunal de Contas: "As Cortes de Contas do país, conforme reconhecido pela Constituição de 1988 e por esta Suprema Corte, gozam das prerrogativas da autonomia e do autogoverno" (STF. Plenário. Medida cautelar na ADI 4.643/RJ. Rel.: Min. LUIZ FUX. 6/11/2014, un. DJe 234, 28 nov. 2014).

rio funcional, com vistas a verificar se o órgão exerce uma função inerentemente executiva; (b) o da coerência, devendo ser questionado se o texto originário da Constituição Federal possui princípios que são coerentes com a atribuição de autonomia; (c) o da integridade das funções estatais, com o fito de analisar se a concessão de autonomia a um ente específico se insere em um movimento de fragmentação do todo, que possa levar a sua desestruturação.

No tocante à Defensoria Pública brasileira observa-se que suas atribuições não são tipicamente administrativas. A Defensoria Pública, que exerce função essencial à Justiça, é instituição voltada ao pleno acesso à justiça, e, como decorrência disso, à efetividade dos demais direitos fundamentais pelos mais necessitados e vulneráveis, historicamente excluídos, se voltando, muitas vezes, contra o próprio Poder Executivo, responsável pela efetivação de normas jusfundamentais. Destarte, as atribuições da Defensoria Pública não são inerentes ao Poder Executivo. Quanto à coerência, as Emendas Constitucionais 45 e 74 tornaram a Constituição mais coerente, afinando o funcionamento da Defensoria Pública à previsão contida no inciso LXXIV do art. 5º da Carta de 1988. Demais a mais, não se observa qualquer processo de fragmentação, não havendo que se falar em desestruturação do Poder Executivo, que se mantém íntegro e forte, a par da independência e autonomia da instituição[19].

A Defensoria Pública é instituição voltada ao pleno acesso à justiça, e, como decorrência disso, à efetividade dos demais direitos fundamentais pelos mais necessitados e vulneráveis, historicamente excluídos. O Ministério Público, por sua vez, é incumbido da defesa da ordem jurídica e do regime democrático. Daí decorrem as razões para autonomia de tais instituições. São os mesmos motivos que levaram, também, a atribuir-se independência funcional a seus membros, que não raras vezes, na busca de cumprir seus deveres institucionais, contrariam interesses dos governantes e de grupos detentores de parcela do poder social, capazes de influenciar em

19. Nesse sentido: NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Constitucionalidade da autonomia da defensoria pública da união*. Disponível em: http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/outros-destaques/constitucionalidade-da-autonomia-da-defensoria-publica-da-uniao/. Acesso em 01.05.2016.

questões políticas, como, por exemplo, a destinação de verbas para correta estruturação física e de pessoal das instituições públicas, valorização de seus membros etc.[20]

A posição topológica na qual a Defensoria e o Ministério Público estão colocados na Constituição Federal evidencia isso. O Título IV (intitulado Da Organização dos Poderes) é formado por quatro capítulos. O primeiro (Capítulo I) trata do Poder Legislativo, o segundo (Capítulo II) do Poder Executivo e o terceiro (Capítulo III) do Poder Judiciário. A Defensoria e o *Parquet* encontram-se previstos fora dos capítulos I, II e III, que tratam dos Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), sendo inseridos no Capítulo IV (Das Funções Essenciais à Justiça), ainda dentro do Título IV, ao lado dos Poderes, mas em dispositivos apartados e específicos. Demais disso, a atribuição de autonomia vai ao encontro do espírito da Constituição cidadã e dos princípios nela insculpidas. Nesse sentido:

> Parece inequívoco que a sistematização adotada pela Constituição Federal brasileira de 1988, no que se refere ao Título da Organização dos Poderes, quis indicar a conveniência de que tais órgãos, especificamente o Ministério Público e a Defensoria Pública, não sejam mais considerados como formalmente integrantes do Poder Executivo. Essas entidades devem ser revestidas de efetiva autonomia, em razão da sua condição peculiar de órgãos detentores de uma parcela da soberania do Estado, no desempenho do seu múnus constitucional.[21]

O Supremo Tribunal Federal vem reafirmando a autonomia da Defensoria Pública e do Ministério Público. A exemplo disso:

> São inconstitucionais as medidas que resultem em subordinação da Defensoria Pública ao Poder Executivo, por implicarem violação da autonomia funcional e administrativa da instituição. Precedentes: ADI nº 3965/MG, Tribunal Pleno, Relator a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 30/3/12; ADI nº 4056/MA, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 1/8/12; ADI nº 3569/PE, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 11/5/07 (...)

---

20. Trata-se, em última análise, da defesa do interesse público primário.

21. ALVES, Cleber Francisco Alves. *Justiça para todos! Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, França e Brasil* apud SARMENTO, Daniel. *Dimensões constitucionais da defensoria pública da união*. Disponível em: http://www.anadef.org.br/images/Parecer_ANADEF_CERTO.pdf. Acesso em 25.10.2015).

O quadro de desencontro das receitas estimadas com as previsões globais de despesas, exacerbado, ou quiçá provocado, pela ausência de tempestiva aprovação da lei de diretrizes para a elaboração e execução da lei orçamentária anual de 2015, desautoriza atuação do Poder Executivo na adequação das propostas dos demais Poderes e órgãos autônomos" (trecho de voto proferido pela Ministra Rosa Weber, relatora, no MS 33193 MC / DF. Decisão de 30/10/2014).

O Ministério Público, embora não detenha personalidade jurídica própria, é órgão vocacionado à preservação dos valores constitucionais, dotado de autonomia financeira, administrativa e institucional que lhe conferem a capacidade ativa para a tutela da sociedade e de seus próprios interesses em juízo, sendo descabida a atuação da União em defesa dessa instituição (trecho de ementa. ACO 1936 AgR / DF. Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em 28.04.2015).

As reiteradas decisões do Tribunal sobre a matéria constitucional levaram a Associação Nacional dos Defensores Públicos – ANADEP a apresentar Proposta de Súmula Vinculante (PSV 114) com a seguinte redação: "O artigo 134, parágrafo 2º, da Constituição da República, é norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, sendo inconstitucionais quaisquer medidas do Poder Executivo, ou demais Poderes, que violem a autonomia funcional, administrativa e financeira da instituição".

Isso porque a autonomia é vital para esses órgãos. Sem ela o corpo institucional fica parcialmente paralisado, hiperdependente de fatores externos. Retirá-la de instituições como a Defensoria Pública ou o Ministério Público equivaleria a esfacela-las, enfraquecendo-as ao ponto de impedir que alcancem a missão constitucional que lhes é atribuída, comprometendo, ao cabo, o gozo de direitos fundamentais por considerável parcela da população.

3.2 RESOLUÇÕES DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA)

As resoluções **AG/RES. 2656** (XLI-O/11), **AG/RES. 2714** (XLII-O/12), **AG/RES. 2801** (XLIII-O/13) e **AG/RES. 2821** (XLIV-O/14), da Organização dos Estados Americanos - OEA, ao tempo em que reafirmam a importância do serviço de assistência jurídica

gratuita prestada pelos Defensores Públicos Oficiais para a promoção e proteção do direito fundamental ao acesso à Justiça, em especial para as pessoas que se encontram em alguma situação de vulnerabilidade, recomendam aos Estados membros que já disponham do serviço de assistência jurídica gratuita que adotem medidas que garantam que os *defensores públicos* gozem de *independência e autonomia funcional*, incentivando os Estados membros que ainda não disponham da instituição Defensoria Pública que considerem a possibilidade de criá-la em seus ordenamentos jurídicos.

Destacam, ainda, a importância de *independência funcional e orçamentária* das *defensorias públicas* oficias, como parte dos esforços dos Estados membros para garantir um serviço eficiente, livre de ingerências e controles indevidos por parte de outros setores estatais.

A resolução **AG/RES nº 2887** de 2016 (XLVI-O/16), também da OEA, que trata de temas relacionados à proteção e promoção dos direitos humanos, ratifica a importância do desenvolvimento da *autonomia* da instituição, reconhecendo que os defensores públicos são atores fundamentais, também, na prevenção, denuncia e acompanhamento de vítimas de tortura e outros tratamentos cruéis ou degradantes. Por sua vez, a **AG/RES nº 2928** de 2018 (XLVIII-O/18) ressalta o papel da instituição como instrumento eficaz na garantia do acesso à Justiça das pessoas em situações de vulnerabilidade, observando, ainda, que é imprescindível o respeito à independência das defensoras e dos defensores públicos no exercício de suas funções.

3.3 PREVISÃO NORMATIVA E COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE DEFENSORIA PÚBLICA

A Defensoria Pública brasileira encontra substrato constitucional. As disposições contidas nos artigos 134 e seguintes da *Constituição Federal* inserem a instituição dentro do capítulo destinado às funções essenciais à justiça.

Interessante é a previsão contida no artigo 98 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, cuja redação foi trazida pela Emenda Constitucional 80 de 2014, que vincula o *número de defensores públicos na unidade jurisdicional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública* e *à respectiva população*,

proporcionalmente, aduzindo que, no prazo de *oito anos*, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com *defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais do país*, devendo a lotação ocorrer, prioritariamente, atendendo as *regiões com maiores índices de exclusão social* e *adensamento populacional*.

No plano infraconstitucional a *Lei Complementar 80 de 1994* (alterada pela LC 132 de 2009) configura a *Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública*, já que contém normas gerais que regulam a instituição e a atividade dos defensores públicos.

Referida lei organiza o ramo da Defensoria Pública da União, assim como traça normas gerais para os ramos das Defensorias Públicas dos Estados do Distrito Federal[22].

Importa observar que a divisão em ramos ou especializações (Defensoria Pública do Estado; Defensoria Pública da União; Defensoria Pública do Distrito Federal e Territórios) tem como escopo a otimização no desempenho das funções institucionais, devendo não ser esquecido o princípio da unidade (art. 134, §4º da CF; artigos 2º e 3º da LC 80/1994[23]), por meio do qual se constata que a instituição é una.

Neste ponto, discordamos da corrente que defende que a unidade existe somente em cada ramo da Defensoria Pública, a exemplo do que faz Frederico Rodrigues Viana[24]. A Constituição Federal é clara ao se referir à Defensoria Pública como uma só no artigo 134, *caput*. A legislação de regência dispõe, por sua vez, que a "*a Defensoria Pública* abrange: I – a Defensoria Pública da União; II – a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios; III – as Defensorias Públicas dos Estados" (art. 2º da LC 80/94). O uso do singular (a Defensoria Pública) não ocorre por acaso.

22. Com o advento da Emenda Constitucional 69 (artigo 2º), passou-se a aplicar à Defensoria Pública do DF as mesmas normas que regem as Defensorias Públicas dos Estados, sem prejuízo dos preceitos específicos estabelecidos na Lei Orgânica do Distrito Federal. Tal emenda transferiu da União para o Distrito Federal as atribuições de organizar e manter a DPDF.
23. Além da previsão contida no artigo 134, estabelece o artigo 3º da Lei Complementar 80/94: "São *princípios institucionais* da Defensoria Pública a *unidade, a indivisibilidade e a independência funcional*".
24. *Defensoria Pública*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 98.

À semelhança do que ocorre com o Poder Judiciário e com o Ministério Público a divisão administrativa ocorre somente a fim de acompanhar a forma federativa do Estado brasileiro, possibilitando a otimização do desempenho da prestação de assistência jurídica, corolário do acesso à justiça. Demais disso, a singularidade normativa é extraída da existência de uma lei orgânica nacional da Defensoria Pública (LC 80/94)[25].

Além da Lei Complementar 80 existem *regras concernentes à Defensoria Pública em leis esparsas*, a exemplo do constante na Lei da Ação Civil Pública (7.347/85) e no Código de Processo Civil de 2015.

Afora isso, as *Constituições Estaduais* e as *Leis Orgânicas das Defensorias dos Estados e do Distrito Federal* podem dispor sobre o tema, seja reproduzindo o disposto na Constituição Federal ou na Lei Orgânica Nacional, seja dispondo sobre normas específicas da respectiva Defensoria Pública, considerando que *a competência para legislar sobre Defensoria Pública é concorrente entre a União e os Estados* (Art. 24, XIII da Constituição Federal). *Não há*, portanto, *competência municipal* para o tema.

A atuação dos municípios na edição de leis sobre assistência jurídica e Defensoria Pública viola o princípio do pacto federativo, já que se trata de matéria de competência legislativa concorrente, cabendo à União estabelecer as normas gerais e aos Estados e ao Distrito Federal disporem de forma suplementar (artigo 24, parágrafos 1º e 2º, da CF).

Note-se que a organização da Defensoria Pública segue a mesma sistemática do Poder Judiciário. Não há que se falar em Justiça municipal ou Ministério Público do município. Sendo assim, não é possível a criação de *Defensoria Pública municipal*.

Por uma questão lógica, em observância, inclusive, à organização federativa, não pode um estado da federação legislar sobre a Defensoria Pública da União. Bem por isso, pode-se afirmar que

25. Nesse sentido também se posiciona Caio Paiva (*Prática penal para Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 28), para quem a unidade deve ser entendida em três aspectos: hierárquico-administrativa, funcional e normativa. Para referido autor seria, no entanto, possível afirmar que a unidade somente existe em cada ramo da Defensoria Pública, mas somente quanto ao seu aspecto hierárquico-administrativa.

a competência para legislar sobre a DPU fica restrita ao âmbito federal, através do Congresso Nacional (Art. 48, IX da CF).

Observe-se, por fim, que, nos termos do artigo 22, XVII da Constituição Federal, *compete privativamente à União legislar sobre a organização da Defensoria Pública dos Territórios.*

3.4 DE QUEM É A INICIATIVA DE LEIS QUE VERSEM SOBRE DEFENSORIA PÚBLICA?

A leitura da atual redação do texto constitucional é passível de gerar confusão quando o leitor se depara com o disposto nos artigos 134, §4º e 61, §1º, "d" da Constituição Federal. É que tais dispositivos dispõem:

> Art. 61. § 1º São de *iniciativa privativa do Presidente da República* as leis que:
>
> II - disponham sobre:
>
> a) *criação de cargos*, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou *aumento de sua remuneração*;
>
> (...)
>
> d) *organização* do Ministério Público e *da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização* do Ministério Público e *da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios*;
>
> Art. 134. § 4º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, *aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal.*

Como se observa, o final do artigo 134 da Constituição de 1988 determina a aplicabilidade, à Defensoria Pública, do disposto no artigo 93 e no inciso II do artigo 96, que tratam da iniciativa privativa do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e dos Tribunais de Justiça quanto às leis que versem sobre os temas que dispõem:

> Art. 93. *Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura*, observados os seguintes princípios: (...)
>
> Art. 96. Compete *privativamente*:

> II - *ao Supremo Tribunal Federal*, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169:
>
> a) a alteração do número de membros dos tribunais inferiores;
>
> b) *a criação e a extinção de cargos e a remuneração* dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver;
>
> c) a criação ou extinção dos tribunais inferiores;
>
> d) a alteração da *organização e da divisão* judiciárias;

Realizando-se uma leitura conjunta é fácil concluir que, ao remeter aos artigos 93 e 96, II da Constituição Federal, o constituinte disciplinou a iniciativa de leis concernentes à Defensoria Pública, determinando a aplicação das mesmas regras que regulam o tema para a magistratura.

A expressão "*no que couber*", constante na redação do artigo 134, §4º, revela que o interprete[26] deve ler as disposições constantes nos artigos 93 e 96, II realizando as devidas adaptações à Defensoria Pública, bastando, para isso, substituir, por simetria, a referência ao órgão máximo do Poder Judiciário pelo órgão de maior estatura na Defensoria Pública. Dessa forma, onde consta Supremo Tribunal Federal, leia-se Defensor Público-Geral.

Destarte, temos que o artigo 93 reserva ao órgão máximo da Defensoria Pública (o Defensor Público-Geral) a iniciativa sobre o Estatuto da Defensoria Pública, hoje consubstanciado na Lei Complementar 80 de 1994 e nas leis estaduais que regulem a organização específica da respectiva Defensoria Pública.

Do mesmo modo, o artigo 96, II estabelece competência *privativa* ao Defensor Público-Geral para propor, ao respectivo Poder Legislativo, leis que tratem dos temas que lá constam, como a criação e a extinção de cargos, a remuneração de servidores, bem como a fixação do subsídio dos defensores públicos[27].

---

26. Adoto aqui acepção mais abrangente da palavra, no sentido de abarcar todo leitor do texto constitucional. Afinal, não há leitura sem interpretação.

27. Conforme anota Carlos Eduardo Paz: "a expressão 'no que couber' contida no parágrafo 4º do artigo 134 da Constituição Federal com redação dada pela EC 80/2014 deve ser entendida como 'no que for possível' aplicar, feitas as devidas adaptações" (...) um exemplo de dispositivo cuja aplicação ao nosso ver não é possível na Defensoria Pública e portanto

Mas, afinal, a iniciativa legislativa seria da Presidência da República (Art. 61) ou da Defensoria Pública (Artigos 93 e 96, II)? A resposta encontra-se na origem do parágrafo 4º do artigo 134, que faz remissão às regras concernentes à magistratura e que foi *incluído no texto da Constituição pela Emenda Constitucional 80/2014*. Surgem duas possibilidades: (1) a partir da EC a competência passou a ser concorrente entre a Presidência da República e o Defensor Público-Geral; (2) pelo critério cronológico, com o advento do mencionado parágrafo, restou derrogado tacitamente o artigo 61 da Constituição Federal.

No mínimo, seria forçoso reconhecer como concorrente o poder de iniciativa do Defensor Público-Geral e do Presidente da República (primeira opção), sob pena de esvaziamento do texto do parágrafo 4º do artigo 134, quando remete ao artigo 93 da Carta. Esta vem sendo a opção, inclusive, apontada para o caso do Ministério Público, já que, de forma similar ao que ocorre com a Defensoria, o texto constitucional prevê a iniciativa privativa do Presidente da República para leis que disponham sobre a organização do *Parquet* (art. 61, § 1º, II, "d") e, paradoxalmente, a competência dos Procuradores-Gerais para a deflagração do processo legislativo nesse tema (art. 128, § 5º). Considerando que os dois dispositivos foram trazidos no mesmo momento, já na redação original da Constituição Federal, não se mostra possível a aplicação do critério cronológico, motivo pelo qual se tem entendido pela competência concorrente no âmbito do Ministério Público[28].

Entendo, todavia, que a segunda opção é mais consentânea e harmônica ao texto e ao espírito da Constituição Federal. Incialmente, em razão do já mencionado critério cronológico. Demais disso, uma interpretação teleológica revela a necessidade de pro-

---

deve ser afastado por força da expressão 'no que couber', constante do parágrafo 4º do artigo 134, é o inciso XI do artigo 93" (*A evolução do regime jurídico constitucional da Defensoria Pública*. Consultor Jurídico. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016-set-13/carlos-paz-evolucao-regime-juridico-constitucional-defensoria. Acesso em 13.09.2016).

28. Nesse sentido: SARMENTO, Daniel. Parecer: *Dimensões Constitucionais da Defensoria Pública da União*. p. 40 e seguintes. Disponível em: http://www.anadef.org.br/images/Parecer_ANADEF_CERTO.pdf. Acessado no dia 07/09/2016; *e* Lenio Luiz Streck e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. *Art. 61*. In: J. J. Gomes Canotilho; Gilmar Ferreira Mendes; Ingo Wolfgang Sarlet; Lenio Luiz Streck. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, Almedina, 2013. p. 1143.

mover a autonomia da instituição, essencial à função jurisdicional, mas que sofre diuturnamente com clara tendência dos governantes de não priorizar a atuação institucional.

Dessa forma, a iniciativa legislativa para tratar de temas afetos à sua organização consubstancia requisito essencial à autonomia da Defensoria Pública, concedendo *máxima efetividade* ao direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita e à promoção dos direitos humanos (Art. 5º, LXXIV e 134 da CF), na linha da vontade do constituinte evidenciada pelas Emendas Constitucionais 45, 74 e 80.

Assim, a iniciativa de leis que disponham sobre organização Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios passou a ser privativa do Defensor Público-Geral Federal (consoante artigos 134, parágrafos 1º e 4º combinado com 93, *caput* e 24, XIII da CF)[29]. Neste caso, o DPGF não atua como chefe, mas como representante nacional das Defensorias Públicas. Segundo Caio Paiva – que, alterando seu posicionamento anterior, aderiu ao entendimento aqui exposto -, em livro escrito em coautoria com Tiago Fensterseifer, o reconhecimento do *status* de vértice normativo ao DPGF decorre do caráter nacional da Defensoria Pública da União, o que "já foi reconhecido em pelo menos duas leis: na Lei 11.417/06, ao conferir legitimidade ao DPGF para propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante (art. 3º, VI), e na Lei 12.986/2014, ao prever que a representação da Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH) se dá com um membro da DPU (art.3º, VI)"[30]. Conforme esclarece Daniel Sarmento:

> "Muito embora o Defensor Público-Geral Federal não seja o chefe nacional da Defensoria Pública – cabendo-lhe apenas o comando da DPU –, a Constituição é clara ao aludir à existência de uma única lei complementar de âmbito nacional, que, simultaneamente, deve tratar da Defensoria Pública da União e estabelecer normas gerais para as defensorias dos Estados e do Distrito Federal. Discreparia a mais não poder do sistema

29. Em sentido inverso é a posição de Franklyn Roger e Diogo Esteves, entendendo que a EC 80 não confere ao DPGF atribuição para apresentar projeto de lei quanto às normas gerais relativas às Defensorias Públicas Estaduais, constantes na LC 80/94.

30. FENSTERSEIFER, Tiago; PAIVA, Caio. Comentários à Lei Nacional da Defensoria Pública. Belo Horizonte: Editora CEI, 2019. p. 78.

constitucional atribuir aos defensores-gerais dos Estados o poder de iniciativa no âmbito do processo legislativo federal, que se desenvolve no Congresso Nacional. Em nenhum caso a Constituição Federal atribui a autoridades estaduais a prerrogativa de deflagrar o processo legislativo federal ordinário ou complementar"[31].

Simetricamente, as leis estaduais, nos respectivos estados, que regulem a organização específica (normas não gerais) da respectiva Defensoria Pública, são de iniciativa exclusiva do Defensor Público-Geral estadual. Conforme decisão tomada na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5217: "dever-se-ia observar o comando constitucional que estabelece ser iniciativa privativa do Defensor Público Geral do estado projetos de leis relativos a questões específicas, uma vez que tal situação objetiva assegurar as prerrogativas da autonomia e do autogoverno da Instituição. A ofensa à garantia da iniciativa do processo legislativo privativo denota evidente vício, que, por consequência lógica, é causa de inconstitucionalidade formal"[32].

No que concerne aos temas constantes no artigo 96, II, a iniciativa privativa do chefe da Defensoria Pública é ainda mais patente. Enquanto ainda se encontra divergência na doutrina em relação ao alcance da aplicação do artigo 93 à Defensoria Pública, especialmente no que concerne à competência do Defensor Público-Geral Federal para iniciar processo legislativo que regule normas gerais para as Defensorias Públicas dos estados, no que se refere ao artigo 96, II, da CF a questão é mais tranquila. Nesse sentido, anota Caio Paiva: "quanto ao artigo 96, II, da CF, parece não pairar dúvidas sobre a sua aplicação"[33].

---

31. SARMENTO, Daniel. Parecer: *Dimensões Constitucionais da Defensoria Pública da União*. p. 41. Disponível em: http://www.anadef.org.br/images/Parecer_ANADEF_CERTO.pdf. Acessado no dia 07/09/2016.
32. ADI 5217 MC / DF - DISTRITO FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento 22/01/2015.
Sobre o tema, vale também acompanhar o julgamento da ADI 5.644, que tem como objeto a iniciativa do Defensor Público-Geral (se privativa ou concorrente como o Chefe do Poder Executivo).
33. *EC 80/2014 dá novo perfil constitucional à Defensoria Pública*. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-out-06/tribuna-defensoria-ec-802014-perfil-constitucional-defensoria-publica. Acessado em 07.09.2016).

Assim, o Defensor Público-Geral Federal dispõe de iniciativa privativa para projetos de leis que tratem sobre a *alteração do número de membros da Defensoria Pública da União, a criação e a extinção de cargos e a remuneração* dos Defensores Públicos Federais e dos servidores, possuindo os Defensores Públicos-Gerais dos estados a mesma iniciativa privativa, no plano do processo legislativo estadual[34].

Trata-se de exceção à regra do artigo 61, §1º, II, "a" da Constituição, que atribui iniciativa privativa ao Presidente da República para leis disponham sobre a criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração, já que o artigo 96, II revela regra especial (aplicável ao Poder Judiciário e, após a Emenda Constitucional 80, à Defensoria Pública) em relação à regra geral contida no artigo 61, resolvendo-se a questão, também, pelo *critério da especialidade*, preservando-se a harmonia e a unidade do texto constitucional.

Por fim, observa-se que, para o Estatuto da Defensoria Pública, os artigos 93 e 134, §2º da Constituição exigem *lei complementar*. Neste caso, exigindo-se lei complementar, é vedada a utilização de medida provisória (Art. 62, §1º, III da Constituição Federal). Já no tocante aos temas do artigo 96, II não há tal exigência. Uma lei, portanto, que vise criar cargos para a Defensoria Pública ou que tenha como objeto o reajuste do subsídio dos membros da instituição, segue a forma ordinária (*lei ordinária*).

Essas leis devem, ainda, observar, no âmbito da Defensoria Pública, as demais disposições contidas no artigo 93. Assim, por exemplo, uma lei que altere o subsídio dos defensores públicos deverá fazê-lo de forma que a diferença entre a remuneração das categorias não seja superior a dez por cento ou inferior a cinco por cento (cf. Art. 93, V da CF), sob pena de inconstitucionalidade.

34. Nesse sentido: "A autonomia financeira e orçamentária das Defensorias Públicas Estaduais e a expressa menção pelo art. 134, § 4º, ao art. 96, II, todos da CRFB/88, fundamentam constitucionalmente a iniciativa do Defensor-Público Geral dos Estados na proposição da lei que fixa os subsídios dos membros da carreira" (Trecho da ementa da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 5286 / AP. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator Ministro Luiz Fux. Julgamento: 18/05/2016. Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

Parte II

PROCESSO CIVIL APLICADO À DEFENSORIA PÚBLICA

Parte II

PROCESSO CIVIL APLICADO À DEFENSORIA PÚBLICA

CAPÍTULO IV

A DEFENSORIA PÚBLICA E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Conforme já apontado nos tópicos anteriores, o legislador constituinte reconheceu especificidade à atividade da Defensoria Pública. O atual Código de Processo Civil – CPC confirma tal opção. A novel lei processual faz diversas menções à Defensoria Pública e ao defensor público, concedendo tratamento apartado dos demais atores processuais. Para o presente capítulo foram selecionados alguns artigos do CPC que possuem relação, direta ou indireta, com a instituição – e, por consequência, com a atuação do membro, em demandas individuais ou coletivas - com o intuito de fixar algumas premissas importantes, além de propiciar uma visão global do processo civil aplicado à Defensoria Pública.

> Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
>
> §3º. A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

4.1 COMENTÁRIO AO PARÁGRAFO 3º DO ARTIGO 3º DO CPC (SOLUÇÃO CONSENSUAL DOS CONFLITOS)

O caput do artigo 3º consagra o *princípio da inafastabilidade da jurisdição*, seguindo a previsão disposta no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. Significa dizer que o interessado pode provocar o Poder Judiciário diretamente, sem a necessidade de procurar, antes, possíveis mecanismos administrativos de solução

de conflitos. Numa segunda acepção, mais moderna, o princípio é compreendido como o acesso à tutela jurisdicional adequada (à ordem jurídica justa).

Encontramos no texto da Constituição Federal de 1988, com relação à Justiça Desportiva, expressa exceção ao princípio da inafastabilidade de jurisdição, nos termos do artigo 217, §1º da Carta. Demais disso, os tribunais superiores vêm entendendo pela necessidade de prévio requerimento administrativo perante o INSS para obtenção de benefício previdenciário, aduzindo que o interesse processual do segurado e a utilidade da prestação jurisdicional somente restam concretizados quando houver negativa de concessão do benefício por parte da autarquia (seja pelo expresso indeferimento ou pela notória ou reiterada resistência do INSS)[1].

O dispositivo constante no parágrafo 3º possui relação com a regra prevista no artigo 4º, II da Lei Complementar 80, que estabelece, como função institucional da Defensoria Pública a promoção prioritária da solução extrajudicial dos litígios, visando a composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos:

> Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: II – promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos.

Note-se, portanto, que o Defensor Público tem o dever de buscar a solução consensual dos conflitos, antes do ajuizamento da ação ou, restando essa primeira opção inviabilizada, mesmo no curso do processo judicial, ainda que a tentativa da fase prévia à judiciária tenha restado infrutífera. Sobre o tema, ver, neste livro, o tópico "Da necessária atuação extrajudicial".

> Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico. Parágrafo único. Havendo substituição processual, o substituído poderá intervir como assistente litisconsorcial.

---

1. Neste sentido: STF. Pleno. RE 631.240/MG. DJe 10/11/2014.

4.2 COMENTÁRIO AO ARTIGO 18 DO CPC (REPRESENTAÇÃO E SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL)

O dispositivo deixa clara a distinção entre *representação processual* (decorrente de legitimidade ordinária) e *substituição processual* (legitimidade extraordinária). Legitimado ordinário é aquele que defende em juízo interesse próprio. Já o legitimado extraordinário é aquele que defende em nome próprio interesse de outro sujeito de direito.

A representação processual dependente de autorização, a fim de que se litigue em nome alheio, para a defesa de direito alheio. Tal autorização, em geral, é feita por procuração, excepcionando-se a regra no caso dos membros da Defensoria Pública, que atuam independente de mandato, salvo para poderes especiais, nos termos da LC 80/94 (artigos 44, XI; 89, XI e 128, XI). Já a substituição processual independe de autorização, a fim de que se litigue em nome próprio na defesa de direito alheio.

A distinção ganha relevância no âmbito do processo coletivo, já que, nos processos coletivos, não há necessidade de autorização, tratando-se de substituição processual (legitimidade extraordinária). O colegitimado, neste caso, se pauta pela indivisibilidade da tutela coletiva, que se volta se volta para todos.

O interesse processual que deve ser levado em conta, no âmbito coletivo, é o dos substituídos (grupo/coletividade) e não dos substitutos processuais (legitimados), já que os direitos coletivos são situações jurídicas atribuídas a um grupo de pessoas.

Com efeito, a Defensoria Pública é instituição multifacetada. Em seu atuar multifacetado, assume, utilizando-se a expressão de Bheron Rocha, *posições processuais dinâmicas*. Sendo assim, considerando-se suas diversas posições jurídico-processuais, pode atuar processualmente enquanto: (1) parte, em nome próprio, seja propondo a ação ou quando pleiteia o ingresso em ação proposta por outra instituição (litisconsorte), como no caso de uma ação civil pública; (2) representante da parte, quando, por exemplo, patrocina ação representando uma pessoa necessitada. É regra quando se trata de processos individuais; (3) terceiro interveniente, interessado no cumprimento de seu fim institucional (através da denominada *intervenção custos vulnerabilis*, tema que será melhor analisado em tópico específico, neste livro).

TÍTULO VII
DA DEFENSORIA PÚBLICA
Art. 185. A Defensoria Pública exercerá a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, em todos os graus, de forma integral e gratuita.

4.3 COMENTÁRIO AO ARTIGO 185 DO CPC (FUNÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA)

A redação do artigo 185 encontra inspiração nos artigos 134 da Constituição Federal e 1º da Lei Complementar 80/1994, ratificando a incumbência de *promoção dos direitos humanos*, *orientação jurídica* e *defesa*, em todos os graus, judicial e extrajudicial, *dos direitos individuais e coletivos*, de forma integral e gratuita, aos necessitados, como *expressão e instrumento do regime democrático*, o que resume, genérica e fundamentalmente, as funções do órgão, as quais encontram-se expostas de forma mais analítica e não exaustiva no artigo 4º da Lei Complementar 80, revelando a complexidade e a pluridimensionalidade do serviço de assistência jurídica gratuita:

> Artigo 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:
>
> - Prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus;
> - Promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos;
> - Promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico;
> - Prestar atendimento interdisciplinar, por meio de órgãos ou de servidores de suas Carreiras de apoio para o exercício de suas atribuições;
> - Exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extra-

ordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses;

- Representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos;
- Promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes;
- Exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal;
- Impetrar habeas corpus, mandado de injunção, habeas data e mandado de segurança ou qualquer outra ação em defesa das funções institucionais e prerrogativas de seus órgãos de execução;
- Promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela;
- Exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado;
- Acompanhar inquérito policial, inclusive com a comunicação imediata da prisão em flagrante pela autoridade policial, quando o preso não constituir advogado;
- Patrocinar ação penal privada e a subsidiária da pública;
- Exercer a curadoria especial nos casos previstos em lei;
- Atuar nos estabelecimentos policiais, penitenciários e de internação de adolescentes, visando a assegurar às pessoas, sob quaisquer circunstâncias, o exercício pleno de seus direitos e garantias fundamentais;
- Atuar na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, propiciando o acompanhamento e o atendimento interdisciplinar das vítimas;

- Atuar nos Juizados Especiais;
- Participar, quando tiver assento, dos conselhos federais, estaduais e municipais afetos às funções institucionais da Defensoria Pública, respeitadas as atribuições de seus ramos;
- Executar e receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos, destinando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores;
- Convocar audiências públicas para discutir matérias relacionadas às suas funções institucionais.

> Art. 186. A Defensoria Pública gozará de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais.
> § 1º O prazo tem início com a intimação pessoal do defensor público, nos termos do art. 183, § 1º.
> § 2º A requerimento da Defensoria Pública, o juiz determinará a intimação pessoal da parte patrocinada quando o ato processual depender de providência ou informação que somente por ela possa ser realizada ou prestada.
> § 3º O disposto no caput aplica-se aos escritórios de prática jurídica das faculdades de Direito reconhecidas na forma da lei e às entidades que prestam assistência jurídica gratuita em razão de convênios firmados com a Defensoria Pública.
> § 4º Não se aplica o benefício da contagem em dobro quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para a Defensoria Pública.

4.4 COMENTÁRIO AO ARTIGO 186 DO CPC (ASSISTIDO, USUÁRIO, CLIENTE, PARTE PATROCINADA? QUAL A TERMINOLOGIA ADEQUADA?)

Registro aqui crítica doutrinária no sentido de que, em que pese a utilização da expressão "assistidos" pela legislação - com vistas a designar o destinatário dos serviços prestados pela Defensoria Pública, como decorrência provável das expressões "assistência judiciária gratuita" e, mais modernamente, "assistência jurídica gratuita" – o termo (assistidos) possui forte conotação assistencialista que, nas palavras de Patrícia Kettermann "reforça tudo o que a Instituição não pretende", já que a relação estabelecida

entre os defensores públicos e os usuários dos serviços "não é de tutela assistencialista, mas garantidora de direitos com forte viés inclusivo, em decorrência da busca da superação da pobreza e da vulnerabilidade enquanto causa de exclusão social"[2].

Apesar de concordar com a crítica, é preciso reconhecer a dificuldade de encontrar outra expressão, ou seja, uma terminologia adequada, que pudesse ser utilizada e estivesse imune à censura, como é o caso dos termos "usuário" dos serviços, "cliente" ou, mesmo, "hipossuficiente", "necessitado" ou "vulnerável", na medida que dão uma ideia de contraprestação monetária e vínculo privado (nos dois primeiros exemplos) ou de pessoa mais fraca e, portanto, inferior.

O Código de Processo Civil utilizou o termo "parte patrocinada" (Art. 186, §2º), que, de forma genérica, atende aos anseios processuais sem adentrar na discussão peculiar à instituição.

4.5 COMENTÁRIO AO ARTIGO 186, *CAPUT* DO CPC (CONTAGEM DOS PRAZOS EM DOBRO)

É prerrogativa dos membros da Defensoria Pública a contagem de prazos em dobro, conforme já preconizava o artigo 44, I; 89, I e 128, I da Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (LC 80/1994). A regra foi incorporada ao Código de Processo Civil de 2015. Anteriormente, também já se encontrava prevista no artigo 5º, §5º da Lei 1.060/50.

A prerrogativa se aplica aos prazos de natureza processual, não sendo aplicável para a prática de *atos materiais*. Como escreve Frederico Viana[3] "não se justifica a extensão da prerrogativa aos *prazos prescricionais ou decadenciais*". Desse modo, não haverá duplicação do prazo decadencial de cento e vinte dias para a impetração do mandado de segurança ou do prazo para cumprimento da sentença, por exemplo.

Lado outro deverão ser duplicados os prazos para, dentre outros, contestar, interpor recursos, opor embargos e impugnar.

2. KETTERMANN, Patrícia. *Defensoria pública*. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2015. p. 57.
3. LIMA, Frederico Viana de. *Defensoria Pública*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 336.

A prerrogativa aplica-se a procedimentos individuais ou coletivos. A dobra também deve ser conferida aos *prazos judiciais* (ou seja, aqueles fixados pelo juiz, diante da ausência de estabelecimento pela lei), já que a norma não faz qualquer ressalva ou distinção entre os prazos judiciais e os prazos legais (que são os fixados pela lei)[4]. Não tendo feito o legislador, não cabe ao interprete realizar tal diferenciação. A única ressalva legal se verifica quanto à contagem em dobro quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para a Defensoria Pública (Art. 186, §4º do CPC).

Situação ainda pouco abordada pela doutrina e carente de definição pela jurisprudência diz respeito à contagem do prazo já em curso quando ocorre o ingresso da Defensoria Pública no processo. Nesse caso, surgem as seguintes possíveis soluções: *(a)* o prazo é devolvido, reiniciando sua contagem desde o início, agora de forma dobrada. *(b)* o prazo é considerando de forma dobrada, mas sem reinício, como se a Defensoria Pública estivesse atuando desde o início. *(c)* o prazo restante é contatado de forma dobrada. *(d)* o prazo, em tal situação, será contado de forma simples, já que o ingresso da Defensoria Pública se deu após o seu termo inicial.

Descartamos, desde já, a última possibilidade (item "d"). A legislação - seja a Lei Complementar 80, seja o CPC - em momento algum exige que a Defensoria Pública já esteja habilitada nos autos quando do início do prazo, para que este seja contado em dobro. Além disso, tal interpretação contraria a finalidade da prerrogativa, instituída em razão do grande volume de demandas indeclináveis, da deficiência estrutural do serviço, do muitas vezes dificultoso contato com as partes e da dificuldade que possuem estas de conseguir acesso à documentos e outros elementos necessários à sua defesa. Enfim, da dificuldade do necessitado de alcançar o efetivo acesso à justiça.

Já devolução do prazo integral (situação "a" - equivalente à interrupção do prazo em razão do ingresso no feito) parece extrapolar os limites da prerrogativa, salvo quando o defensor público peticionar e o juiz deferir pedido de reinício da contagem. Tal

4. No mesmo sentido se posicionam Diogo Esteves e Franklyn Roger Alves *in* ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

prática é bastante comum e se verifica em incontáveis processos nos quais atua o órgão, contando com a compreensão dos magistrados, cientes da dificuldade que as partes patrocinadas possuem de, muitas vezes, conseguir chegar até a Defensoria Pública (muitos dos quais desconhecendo sua existência até então), após serem intimados e antes do término do prazo. A situação pode ser inserida dentro dos poderes do juiz, especialmente naqueles indicadas no artigo 139, incisos I e VI do CPC.

É comum, também, que o interessado em assistência jurídica somente chegue à Defensoria Pública no último ou nos últimos dias do prazo (simples), quando pouco contribuiria a contagem do prazo faltante em dobro (solução "c"), afastando-se, da mesma forma, da finalidade da prerrogativa.

De toda forma, não há o que se levantar contrariamente à contagem do prazo de forma dobrada, como se a Defensoria Pública estivesse habilitada nos autos desde o seu início (possibilidade "b"). A solução é até mesmo lógica. Em um exemplo onde a parte tivesse sido intimada para se manifestar no prazo de 15 dias, comparecendo à Defensoria Pública e tendo sua assistência jurídica gratuita deferida, tal prazo seria elastecido até o trigésimo dia.

A contagem em dobro *independe de requerimento*. É que a determinação para contagem de prazo dobrado decorre da lei (*ope legis*), sendo desnecessário que o Poder Judiciário a defira. A prerrogativa decorre automaticamente da identificação da representação da parte pela Defensoria Pública[5].

O ingresso nos autos deve ocorrer antes do término do prazo simples, sob pena de preclusão? Ou a Defensoria poderia simplesmente se manifestar dentro do trintídio (no caso do exemplo apresentado), quando a manifestação seria tempestiva pelo mero fato de a parte estar assistida por um defensor público, independe da ciência do juízo?

O tema é polêmico. Para uma primeira corrente, é imprescindível que o defensor público, assim que tomar ciência da questão, atravesse petição simples nos autos, *informando* ao juízo que a par-

5. No mesmo sentido: LIMA, Frederico Viana de. *Defensoria pública*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 312.

te esteve na Defensoria Pública e requerendo o ingresso do órgão nos autos, ainda antes do término do prazo simples, considerando que após seu escoamento terá se operado a preclusão temporal, não podendo haver duplicação de prazo já esgotado. Neste sentido, decidiu a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em decisão tomada no ano de 2002 (REsp 401979/MG. Relator Min. Paulo Galloti. Julgado em 19.09.2002), ainda com base na disposição contida no artigo 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/50. Nada impede, todavia, que mesmo nesses casos, seja peticionado ao juízo, expondo as razões (justa causa) e requerendo a devolução do prazo, com base no artigo 223 do Código de Processo Civil. Demais disso, como se trata de mera comunicação ao juízo, esta será dispensável quando restar identificado nos autos, por qualquer meio, a atuação da Defensoria Pública no processo.

Em sentido contrário, entendendo pela desnecessidade de comunicação ao juízo dentro do prazo simples, posicionam-se Araken de Assis, Diogo Esteves e Franklyn Roger. Nas palavras do primeiro "dobrar-se-á o prazo automaticamente, porque o serviço estatal de assistência judiciária já avaliou a condição de necessitado, a teor do artigo 5º, LXXIV, da CF/1988"[6], sendo irrelevante a prévia informação ao juízo, em prestígio ao acesso à justiça.

O Superior Tribunal de Justiça voltou a se deparar com a questão quando do julgamento de Recurso Especial, decidindo, no ano de 2015, através da Quarta Turma, ser *desnecessária a prévia notificação do juízo de que a parte é assistida por Defensor Público para que faça jus à contagem de prazo em dobro*. Basta, portanto, que a peça seja interposta dentro do lapso temporal (dobrado) respectivo, contado da citação/intimação. Como decorrência, antes disso, não é possível proclamar a revelia do réu (REsp 1249354. Relator Ministro Marco Buzzi. Julgado em 04/12/2015). No caso enfrentado pela Corte, declarou-se tempestivos os embargos à execução opostos pela Defensoria Pública, ainda que fora do prazo simples, independentemente de prévia comunicação ao juízo, acerca da aplicação do prazo em dobro. "Inexiste imposição legal prevendo

---

6. ASSIS, Araken de. *Garantia de acesso à justiça: benefício da gratuidade apud* ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

àquele que possui a prerrogativa do prazo em dobro que tenha de se manifestar previamente ao juízo a fim de noticiar que está patrocinando a parte para que lhe seja conferido o benefício legal"[7].

No mesmo sentido, em 2019, a Quarta Turma do STJ voltou a decidir, no Agravo em Recuso Especial 1.411.661(Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Julgado em 01/03/2019.), protocolado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, que o direito ao prazo em dobro para se manifestar no feito independe de comunicação prévia do juízo, no lapso do prazo comum, devendo, naquele caso, ser considerada tempestiva a apelação apresentada pela instituição após o final do prazo comum, sendo desnecessária a comunicação prévia no processo.

Situação diferente ocorre quando a parte é patrocinada por advogado, que renuncia ao mandato no curso do prazo, antes da prática do ato. Nesse caso, o curso do prazo processual deverá ser reiniciado, tendo como termo *a quo* a intimação pessoal do Defensor Público com vista dos autos (art. 44, I; 89, I e 128, I da LC 80/1994), pois que, por estarem sujeitos a regimes jurídicos diferentes, os Defensores Públicos não respondem por intimações realizadas na pessoa do advogado, que pode ocorrer, inclusive, por publicação no diário oficial (independente, portanto, da prerrogativa de intimação pessoal com vista dos autos inerente aos membros da Defensoria Pública).

Por fim, observe-se que a prerrogativa de contagem dos prazos em dobro se aplica, inclusive, aos *processos administrativos*, conforme estabelece a Lei Complementar 80/1994: "receber, inclusive quando necessário, mediante entrega dos autos com vista, intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição ou *instância administrativa*, contando-se-lhes em dobro todos os prazos".

Aplicável, também, à fase executória. Assim, "o prazo para o ajuizamento de Embargos à Execução deve ser contado em dobro no caso em que a parte é representada pela Defensoria Pública"[8]

7. STJ. Quarta Turma. AgRg nos EREsp 1249354. Relator min. Marco Buzzi. 17/02/2016.
8. STJ. AgRg no AREsp 141.859/MG. Primeira Turma. Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. Julgado em 02/09/2014. DJe 17/09/2014.
STJ. REsp 578.823/RJ. Terceira Turma. Rel. Ministro CASTRO FILHO. Julgado em 26/10/2004. DJ 06/12/2004, p. 294.
STJ. REsp. 1.100.811/PR, Rel. Min. CASTRO MEIRA. DJe 27.05.2009.

De forma contrária, apesar das críticas feitas pela doutrina especializada, vem prevalecendo no âmbito dos *Juizados Especiais* que a prerrogativa do prazo em dobro não é aplicável aos processos que lá tramitam, em razão do princípio da celeridade e da previsão contida no artigo 9º da Lei 10.259/2009. É nesse sentido o enunciado 53 do FONAJEF: "Não há prazo em dobro para a Defensoria Pública no âmbito dos JEFs".

Pela contagem dos prazos em dobro mesmo nos Juizados Especiais, todavia, foi a decisão tomada pelo STF no ARE 681919/SP (Relator Min. Gilmar Mendes. Julgado em 13.06.2012. Decisão monocrática). Conforme se ler na decisão: "Levando em conta a referida legislação e fato de que organização e estruturação das defensorias públicas nos Estados ainda se encontra deficiente, a jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que o prazo para a defensoria pública deve ser contado em dobro, mesmo no âmbito dos juizados especiais. Nesse sentido, confiram-se ainda os seguintes precedentes: RE 645.593, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 19.10.2011; ARE 639.360, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 3.6.2011 e HC 81.019, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 23.10.2009".

4.6 COMENTÁRIO AO ARTIGO 186, §1º DO CPC (INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR PÚBLICO)

A intimação pessoal, mediante entrega dos autos com vista, em qualquer processo e grau de jurisdição ou instância administrativa, é prerrogativa dos membros da Defensoria Pública, consoante disposição constante nos artigos 4º, V; 44, I; 89, I e 128, I da Lei Complementar 80 de 1994.

Tal prerrogativa tem a finalidade de proteger e preservar a própria função exercida pelo órgão, permitindo o efetivo exercício de sua missão institucional, resguardando aqueles que não têm condições de contratar um defensor particular e preservando a qualidade dos serviços de assistência jurídica gratuita por meio dessa garantia processual. Não se trata, portanto, de privilégio conferido ao defensor público, justificando-se em face da complexidade, do volume e do caráter multifacetado do serviço.

A não observância da regra é capaz de gerar a nulidade do processo a partir de quando deveria ter ocorrido a intimação pes-

soal. Desse modo, é nula a intimação de defensor público pelo Diário Oficial, sem observância da norma que determina sua intimação pessoal[9].

Todavia, a inobservância deve ser impugnada imediatamente, na primeira oportunidade processual, sob pena de preclusão. Nesse sentido decidiu o STF (Segunda Turma. HC 133476. Relator Min. Teori Zavascki. Julgado em 14/06/2016). No caso, no julgamento da apelação, não teria havido intimação pessoal da Defensoria Pública. No entanto, tal insurgência somente fora veiculada no recuso especial, não obstante a Defensoria anteriormente houvesse oposto embargos de declaração.

> Art. 523. No caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver.
>
> § 1º Não ocorrendo pagamento voluntário no prazo do caput, o débito será acrescido de multa de dez por cento e, também, de honorários de advogado de dez por cento.
>
> § 2º Efetuado o pagamento parcial no prazo previsto no caput, a multa e os honorários previstos no § 1º incidirão sobre o restante.
>
> § 3º Não efetuado tempestivamente o pagamento voluntário, será expedido, desde logo, mandado de penhora e avaliação, seguindo-se os atos de expropriação.

4.7 COMENTÁRIO AO ARTIGO 523 DO CPC (INTIMAÇÃO PARA O CUMPRIMENTO DA SENTENÇA E CONTAGEM EM DOBRO DO PRAZO)

Dispõe o artigo que o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de quinze dias.

Sendo o devedor parte representada pela Defensoria Pública, o prazo do artigo 523 deverá ser contado em dobro, tendo o executado 30 dias para o pagar o débito. Este foi o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recur-

9. Nesse sentido: STF. Segunda Turma. HC 80104. Relator Min. MAURÍCIO CORRÊA. Julgado em 13/06/2000.

so Especial 1.261.856/DF. Com efeito, a prerrogativa da contagem em dobro dos prazos tem por objetivo compensar as peculiares condições enfrentadas pelos profissionais que atuam nos serviços de assistência jurídica, notadamente relacionadas a deficiências de material, de pessoal e ao grande volume de processos. Logo, deve ser aplicado o prazo em dobro nesta situação[10].

> Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal.
>
> § 1º A intimação pessoal far-se-á por carga, remessa ou meio eletrônico.
>
> § 2º Não se aplica o benefício da contagem em dobro quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para o ente público.

> Art. 270. As intimações realizam-se, sempre que possível, por meio eletrônico, na forma da lei.
> Parágrafo único. Aplica-se ao Ministério Público, à Defensoria Pública e à Advocacia Pública o disposto no § 1º do art. 246.
> Art. 246. § 1º Com exceção das microempresas e das empresas de pequeno porte, as empresas públicas e privadas são obrigadas a manter cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos, para efeito de recebimento de citações e intimações, as quais serão efetuadas preferencialmente por esse meio.
> § 2º O disposto no § 1º aplica-se à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e às entidades da administração indireta.
>
> Art. 1.050. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, suas respectivas entidades da administração indireta, o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Advocacia Pública, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da data da entrada em vigor deste Código, deverão se cadastrar perante a administração do tribunal no qual atuem para cumprimento do disposto nos arts. 246, § 2º, e 270, parágrafo único.

---

10. STJ. 4ª Turma. REsp 1.261.856/DF, Rel. min. Marco Buzzi. j. 22/11/2016.

4.8 COMENTÁRIO AOS ARTIGOS 183, §1º, 270, 246 E 1.050 DO CPC (INTIMAÇÃO PESSOAL COM VISTA DOS AUTOS. ENTREGA DOS AUTOS EM SETOR ADMINISTRATIVO DA DEFENSORIA PÚBLICA. PROCESSO ELETRÔNICO)

Estabelece o Código de Processo Civil que a Defensoria Pública gozará de *prazo em dobro* para todas as suas manifestações processuais, sendo que o prazo tem início com a *intimação pessoal* do defensor público, nos termos do art. 183, § 1º (Art. 186, §1º do CPC). No mesmo sentido é a Lei Complementar 80/1994 (Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública), a qual já trazia a previsão das prerrogativas de intimação pessoal *com vista dos autos* e da contagem em dobrada dos prazos (Art. 44, I; Art. 89, I; Art. 128, I).

O parágrafo primeiro do artigo 183 do CPC aduz que a *intimação pessoal* far-se-á por *carga, remessa ou meio eletrônico*. Deve haver, todavia, preferência pelo meio eletrônico, que deverá ser adotado sempre que possível, sendo as instituições (inclusive a Defensoria Pública) obrigadas a manter cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos, para efeito de recebimento de citações e intimações. Para tanto, devem se cadastrar perante a administração do tribunal no qual atuem.

A necessidade de entrega (carga, remessa ou disponibilização em meio eletrônico) dos autos com vista é presumida, já que constitui prerrogativa dos membros, não devendo a redação do dispositivo da Lei Complementar, que utiliza a expressão "quando necessário", ser entendida como uma discricionariedade dada ao juízo ou órgão administrativo processante. Acerca disso, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> O art. 44 da LC 80/94 especifica as prerrogativas da Defensoria Pública da União, estabelecendo o inciso I, com redação dada pela LC 132/09, ser prerrogativa dos membros da DPU receber, inclusive quando necessário, mediante entrega dos autos com vista, intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição ou instância administrativa, contando-se-lhes em dobro todos os prazos. De acordo com o dispositivo, a entrega dos autos em vista constitui prerrogativa tão indispensável quanto a intimação pessoal do Defensor, de modo que o comando legal somente é devidamente cumprido com a observância conjunta

e concomitante das duas determinações (STJ. Recurso Especial Nº 1.425.353 – PB. Primeira Turma. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Publicada em 02/02/2017).

O art. 4º, V, da LC n. 80/1994 dissipa qualquer dúvida quando trata das funções da Defensoria Pública, ao prever que seu o exercício se dá "mediante o recebimento dos autos com vista".

Sem a perfectibilização da intimação pessoal, com a remessa dos autos com vista, nem mesmo se iniciam os prazos, "não havendo dúvida de que há efetivo prejuízo à defesa do assistido" (STJ. Recurso Especial Nº 1.425.353 – PB). Sendo assim, os autos deverão ser remetidos, em sua completude, à Defensoria Pública, em respeito à prerrogativa de intimação pessoal com vista dos autos. Sua não observância é causa de nulidade.

Segundo entendimento predominante, a entrega dos autos em setor administrativo da Defensoria Pública, ainda que o recebimento ocorra por servidor do órgão, configura intimação pessoal. O que se faz necessário é proceder-se à inequívoca ciência da Defensoria Pública, cabendo à instituição organizar-se internamente[11]. Assim, segundo o entendimento majoritário, a intimação ocorre com a entrada dos autos na instituição (e não com a aposição da ciência do defensor público[12]). Por isso, cabe à secretaria da vara, em caso de remessa, certificar a data da efetiva entrega no órgão, não bastando certificar a data na qual o processo foi remetido. Neste contexto, eventual dúvida quanto ao marco inicial dos prazos recursais deve ser resolvida a favor do recorrente. Ou seja, não tendo sido certificada a data da entrada no cartório da Defensoria Pública, mas tão somente a da remessa, prevalecerá a aposição do "ciente" pelo defensor público, conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça (AgRg no AREsp 648078 / SP. Quinta Turma. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em 07/03/2017. DJe 10/03/2017).

---

11. Nesse sentido: STF. Segunda Turma. HC 99540. Relatora Min. Ellen Gracie. Julgado em 04/05/2010.
    STJ. HC 296.759-RS. Terceira Seção. Min. Rogério Schietti Cruz. Julgado em 23/08/2017.
    STJ. RHC n. 49.474/ES, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, DJe 9/11/2016.
12. Nesse sentido: STJ. AgRg no AREsp 855565 / MG. Sexta Turma. Min. Rogério Schiette Cruz. Julgado em 08/08/2017. DJe 17/08/2017; STJ. REsp 1636929 / MT. Terceira Turma. Min. Nancy Andrighi. Julgado em 17/11/2016. DJe 21/11/2016.

Situação interessante ocorre quando são depositados documentos físicos ou mesmo em mídia na secretaria do juízo, sendo que tal documentação não é juntada aos autos eletrônicos – muitas vezes em razão de seu elevado tamanho e das limitações do sistema virtual. Nestes casos, a intimação somente deve se perfectibilizar com o acesso ao conteúdo integral do processo, seja por meio de remessa ou carga, sob pena de restar violada a prerrogativa em comento. Sendo assim, a contagem do prazo somente se inicia quando da retirada dos documentos da secretaria pela Defensoria Pública ou sua remessa ao órgão[13].

Vale observar, por fim, que a lei 11.419/2006 estabelece que a consulta eletrônica ao teor da intimação deve ser realizada em até dez dias corridos contados da data do seu envio, sob pena de considerar-se automaticamente realizada na data do término desse prazo (Art. 5º). Assim, tratando-se de meio eletrônico - e não ocorrendo a situação mencionada no parágrafo anterior, ou seja, estando todos os documentos inseridos no processo virtual – a consulta deverá ser realizada pelo órgão. Caso contrário, será considerada realizada a citação ou intimação pessoal com o início da contagem do prazo processual. Neste caso, não há dobra do prazo para consulta.

> Art. 231. Salvo disposição em sentido diverso, considera-se dia do começo do prazo:
>
> VIII - o dia da carga, quando a intimação se der por meio da retirada dos autos, em carga, do cartório ou da secretaria.
>
> II - a data de juntada aos autos do mandado cumprido, quando a citação ou a intimação for por oficial de justiça;
>
> V - o dia útil seguinte à consulta ao teor da citação ou da intimação ou ao término do prazo para que a consulta se dê, quando a citação ou a intimação for eletrônica;

4.9 COMENTÁRIO AO ARTIGO 231 DO CPC (INÍCIO E CONTAGEM DOS PRAZOS PARA A DEFENSORIA PÚBLICA)

A *intimação* do defensor público será *pessoal* (Art. 186, §1º), sendo assim considerada aquela realizada por *carga*, *remessa* ou

13. Neste sentido. TRF5. Agravo de Instrumento 0808746-46;2017.4.05.0000. Decisão liminar. Desembargador Federal Vladimir Souza Carvalho.

meio eletrônico (Art. 183, §1º). O Código de Processo Civil estabelece, ainda, que na contagem de prazos processuais em dias, *computar-se-ão somente os dias úteis* (Art. 219), *excluindo-se o dia do começo e incluindo-se o do vencimento* (Art. 224). Demais a mais, *os dias do começo e do vencimento do prazo serão protraídos para o primeiro dia útil seguinte*, se coincidirem com dia em que o expediente forense for encerrado antes ou depois da hora normal ou houver indisponibilidade da comunicação eletrônica (Art. 224, §1º).

Sendo assim, supondo-se que a intimação pessoal ocorra em uma sexta-feira. Em qualquer caso, serão excluídos o sábado e o domingo, sendo o início da contagem protraído para o primeiro dia útil subsequente.

No caso de o ato ter sido realizado por *meio de eletrônico*, o dia do começo do prazo será o dia útil seguinte à consulta (art. 231, V, CPC). Assim, sendo a consulta realizada na sexta-feira tem-se como dia do começo a próxima segunda-feira, que será excluído da contagem por força do disposto no artigo 224, iniciando-se o prazo na terça-feira, caso não ocorra nenhuma das situações previstas no artigo 224, §1º. A partir daí, computam-se tão somente os dias úteis.

Interessa observar que, conforme estabelece a lei 11.419/06, uma vez enviada a intimação pelo processo judicial eletrônico, a parte deve realizar a consulta no sistema virtual no prazo de dez dias, sob pena de considerar-se automaticamente realizada na data do término desse prazo (Art. 5º, §3º). A lei estabelece ainda que "nos casos urgentes, em que a intimação feita dessa forma possa causar prejuízo a quaisquer das partes ou nos casos em que for evidenciada qualquer tentativa de burla ao sistema, o ato processual deverá ser realizado por outro meio que atinja a sua finalidade, conforme determinado pelo juiz" (Art. 5º, §5º).

Ocorrendo a intimação por *oficial de justiça*, será necessário verificar a data na qual o mandado cumprido será juntado aos autos. Este dia, considerado o do começo (art. 231, II, CPC), será excluído, iniciando-se o prazo no subsequente, caso não ocorra nenhuma das situações previstas no artigo 224, §1º, computando-se, a partir daí, somente os dias úteis. Conforme já decidiu o a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça "nos casos de intimação/citação realizadas por correio, oficial de justiça, ou por carta de

ordem, precatória ou rogatória, o prazo recursal inicia-se com a juntada aos autos do aviso de recebimento, do mandado cumprido, ou da juntada da carta" (REsp 1.632.777-SP, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, Corte Especial, por unanimidade, julgado em 17/5/2017)[14].

Sendo realizada por *carga*, a intimação pessoal tem seu dia do começo, que será excluído da contagem, na data em que aquela (a carga) for realizada (art. 231, VIII, CPC), iniciando-se o prazo no dia útil seguinte, caso não ocorra nenhuma das situações previstas no artigo 224, §1°. No exemplo trazido, verificando-se a carga na sexta-feira, o prazo tem início na segunda-feira, computando-se, a partir daí, somente os dias úteis.

Diferentemente ocorre a contagem de prazos nos processos penais, que segue regras próprias, previstas no Código de Processo Penal, o que não restou alterado pelo advento do CPC de 2015. Sendo assim, contam-se em dias corridos, de forma contínua, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado, exceto quanto ao dia do início e término (que serão prorrogados para o próximo dia útil quando se verificar em finais de semana ou feriados). Na contagem, não se computará, porém, o dia do começo, incluindo-se, o do vencimento.

Nos processos administrativos, a lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal e serve de parâmetro para leis estaduais, estabelece que os prazos começam a correr a partir da data da cientificação oficial, excluindo-se da contagem o dia do começo e incluindo-se o do vencimento; contam-se de modo contínuo e consideram-se prorrogado até o primeiro dia útil seguinte se o vencimento cair em dia em que não houver expediente ou este for encerrado antes da hora normal; sendo fixado em meses ou anos contam-se de data a data. Nesse caso, se no mês do vencimento não houver o dia equivalente àquele do início do prazo, tem-se como termo o último dia do mês.

Em qualquer caso (cível, criminal ou administrativo; individual ou coletivo) é imperiosa a observância da prerrogativa de intimação pessoal com vista dos autos.

---

14. Trecho em aspas retirado do informativo 624 do STJ.

Art. 230. O prazo para a parte, o procurador, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública e o Ministério Público será contado da citação, da intimação ou da notificação.

Art. 1.003. O prazo para interposição de recurso conta-se da data em que os advogados, a sociedade de advogados, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública ou o Ministério Público são intimados da decisão.

§ 1º Os sujeitos previstos no caput considerar-se-ão intimados em audiência quando nesta for proferida a decisão.

4.10 COMENTÁRIO AOS ARTIGOS 230 E 1.003 DO CPC (INTIMAÇÃO DO DEFENSOR PÚBLICO EM AUDIÊNCIA E A NECESSIDADE DE ENTREGA DOS AUTOS COM VISTA)

É preciso compatibilizar o comando dos dispositivos com a prerrogativa de intimação pessoal com vista dos autos, especialmente no que concerne ao parágrafo primeiro do artigo 1.003. A Lei Complementar 80 de 1994 dispõe, dentre as prerrogativas dos membros da Defensoria Pública, a intimação pessoal mediante *entrega dos autos com vista*, em qualquer processo e grau de jurisdição ou instância administrativa (artigos 4º, V; 44, I; 89, I e 128, I).[15]

É que, embora haja intimação na audiência, *o ato só se aperfeiçoa com a respectiva entrega dos autos com vista*, de forma que o prazo para a Defensoria Pública *só tem início com o recebimen-*

15. A Emenda Constitucional 69/2012 retirou a Defensoria Pública do DF do âmbito da estrutura da União, transferindo-a para o próprio Distrito Federal. Assim, surgiu debate acerca da recepção do Título III da Lei Complementar 80/1994, na medida em que não mais caberia à União (e sim ao Distrito Federal) legislar sobre normas específicas da Defensoria do Distrito Federal, considerando que referido título, constante em uma lei federal, trata exatamente sobre a organização da Defensoria do DF e dos Territórios. Diante disso, surgiram vozes defendendo que, a partir da emenda, deve-se aplicar à Defensoria do DF as disposições da LC 80/1994 que dizem respeito às Defensorias dos Estados (Título IV).
Com efeito, compete à União editar normas específicas para a DPU e normas gerais para às Defensorias Públicas dos Estados e, após a EC 69, do Distrito Federal, ficando reservado aos entes federativos estaduais (e distrital) a edição das respectivas leis orgânicas, conforme o artigo 24, inciso XIII e parágrafo primeiro, da Constituição Federal.
Isto não quer dizer que o Título III da LC 80/1994 foi revogado. Pelo menos em parte (naquilo que não conflite com a disciplina do Título IV, que trata das regras gerais para a organização das Defensorias Públicas dos Estados) o título subsiste. Além disso, não houve manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, a quem compete dar a última palavra com relação ao tema. Por fim, no que concerne especificamente à prerrogativa de intimação pessoal e à contagem dos prazos em dobro, a regra é repetida nos artigos 128, I e 89, I da LC 80/1994, motivo pelo qual a discussão se torna inócua neste ponto.

to, quando a carga não seja disponibilizada para o órgão imediatamente após a audiência (Nesse sentido: STF. Segunda Turma. HC 125.270 – caso envolvendo recurso de apelação no Superior Tribunal Militar, no qual o defensor esteve presente à audiência de leitura da sentença, mas os autos foram remetidos, em sequência, ao Ministério Público[16]; e STJ. RESP 1.190.865/MG – ação de divórcio, no qual restou assentado que a despeito da presença do Defensor Público na audiência de instrução e julgamento, a intimação pessoal da Defensoria Pública somente se concretiza com a respectiva entrega dos autos com vista, em homenagem ao princípio constitucional da ampla defesa, sendo que tal prerrogativa tem a finalidade de proteger e preservar a própria função exercida pelo referido órgão e, principalmente, resguardar aqueles que não têm condições de contratar um defensor particular).

Sendo assim, a intimação só se aperfeiçoará quando concedida a carga ou remetidos os autos à instituição, o que se justifica, dentre diversas razões, pela otimização da eficiência dos serviços oficiais, como é o caso da Defensoria Pública, dependentes do acompanhamento e da fiscalização de vultosa quantidade de processos, decorrentes de suas atribuições constitucionais e legais, viabilizando, em última análise, o contraditório efetivo. Demais disso, o princípio da indivisibilidade significa que um Defensor Público poderá substituir outro quando necessário. Assim, nem sempre será o mesmo agente público presente na audiência que, posteriormente, será o responsável pela impugnação dos atos nela praticados.

Em outro precedente sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça fez distinção entre a "intimação do ato" e o "início da contagem do prazo" processual, de forma que pode não haver coincidência entre a intimação (ocorrida em audiência ou por certidão cartorial) e o início do prazo. Ou seja, embora a intimação possa ocorrer em audiência, a contagem dos prazos para o membro somente terá início posteriormente, com a remessa ou carga dos autos. Assim, a intimação não se confunde com a contagem do

---

16. No mesmo sentido: STJ. HC n. 350.405/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, DJe 16/5/2016. STJ. HC n. 332.772/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti, DJ 2/12/2015. Embora se trate de processos criminais, as mesmas razões se aplicam aos processos cíveis e administrativos, não havendo distinção quanto à atuação em razão da natureza do processo.

prazo, embora, em regra, o início do prazo para a prática de atos processuais ocorra com a intimação (STJ. HC 296.759-RS. Terceira Seção. Min. Rogério Schietti Cruz. Julgado em 23/08/2017). Embora o caso trate de processo criminal, as mesmas razões se aplicam aos processos cíveis e administrativos, não havendo distinção em razão da natureza do processo.

Neste aspecto, interessante notar que o HC 296.759-RS, acima citado, foi julgado em conjunto com o RESP 1.349.935 – SE (Terceira Seção. Min. Rogério Schietti Cruz. Julgado em 23/08/2017), que tratava do mesmo tema (necessidade de intimação com vista dos autos) com relação ao Ministério Público, sendo a questão enfrentada sob o rito dos recursos repetitivos e analisada sob o viés do processo penal e civil, conforme fica claro, inclusive, na ementa do julgado. A questão foi definida de maneira uniforme para a Defensoria Pública e para o Ministério Público.

Interessante destacar trecho do voto relator no 1.349.935:

> "Então, se a interpretação que se deva imprimir à expressão (sujeitos) de que trata o § 1º do art. 1.003 do CPC deve compreender o membro do Ministério Público, a indicar exceção à regra de intimação por meio de remessa dos autos, tal interpretação deveria alinhar-se sistemática e teleologicamente aos princípios que regem o próprio CPC, bem como àqueles que regem a instituição, o que não ocorre, conforme procuramos demonstrar ao longo deste voto. Muito pelo contrário, o sentido da norma, aplicada em sua literalidade viola princípios basilares do processo (contraditório efetivo, paridade de armas) e do Ministério Público (unidade, indivisibilidade, oficialidade, obrigatoriedade etc.), a par de potencializar o risco de sacrifício dos bens e interesses que a Constituição da República impõe a essa instituição.
>
> (...)
>
> Ante tais fundamentos, parece-me que a melhor interpretação do § 1º do art. 1.003 do CPC – na eventualidade de ser considerado – é aquela que se harmoniza com a lei especial que trata da intimação pessoal do Ministério Público, de modo que a leitura feita do termo (sujeitos), referido pelo parágrafo primeiro, não abarcaria o Ministério Público (e a Defensoria Pública) de que trata o caput do mesmo dispositivo".

De teor similar foi o voto no HC 296.759-RS, que, como já informado, teve julgamento em conjunto com o Recurso Especial acima mencionado:

> Por fim, não descarto a possibilidade de afastar a incidência do art. 1.003, caput c/c seu § 1º, do CPC de 2015 por meio de interpretação consentânea com o critério da especialidade.
>
> Deveras, ao confrontar a regra contida no caput c/c o § 1º, do art. 1.003 do CPC com a prevista nos arts. 4º, V, e 44, I, da LC. n. 80/1994, observa-se que aquela descreve a regra geral de intimação dos que detêm o *ius postulandi* (contagem do prazo a partir da intimação em audiência), ao passo que estas últimas se referem especificamente aos membros da Defensoria Pública, atrelando a validade de intimação pessoal somente com a remessa dos autos.
>
> (...)
>
> Assim, por todo o exposto, parece-me ser a melhor interpretação do § 1º do art. 1.003 do CPC aquela que se harmoniza com a lei especial que trata da intimação pessoal da Defensoria Pública, de modo que a leitura feita do termo (sujeitos) referido pelo parágrafo primeiro não abarcaria a referida instituição tratada no *caput*.

Importante não perder de vista, ainda, que a Constituição da República reservou à lei complementar as normas relacionadas à Defensoria Pública e seu estatuto (artigos 134, parágrafos 1º e 4º combinado com 93), o que revela a existência de fator distintivo que reforça a prevalência das prerrogativas contidas na Lei Complementar 80/1994, quando em confronto com o CPC (Lei Ordinária).

Seja entendendo-se pela diferenciação entre a data da intimação e a do início do prazo, seja entendendo que a intimação, ato complexo, somente se perfectibiliza com a entrega dos autos, certo é que o prazo somente começa com a remessa ou carga do processo (ou seja, com o efetivo ingresso dos autos na instituição), independentemente da presença do Defensor Público na audiência na qual a decisão foi proferida. Nada impede que seja realizada a carga dos autos imediatamente após o final da audiência, quando, então, a intimação terá ocorrido e o prazo terá início.

Em situação envolvendo diversas instituições cuja a lei atribua aos membros a prerrogativa de intimação pessoal o início da contagem para cada um se dará a partir do respectivo recebimento dos autos, situação comum quando se encontram atuando nos autos o Advocacia Pública, a Defensoria Pública e o Ministério Público.

Pelas mesmas razões já expostas, sendo os autos eletrônicos, o prazo somente deve ter início após o primeiro acesso ao processo após o ato (por exemplo, após a audiência na qual a decisão foi proferida). Certo, porém, que no caso de processo virtual incidirá o prazo máximo de dez dias para a consulta, nos termos da lei 11.419/06 (Art. 5º, §3º), após o qual inicia-se automaticamente o prazo processual, considerando-se realizada a intimação.

> Art. 152. Incumbe ao escrivão ou ao chefe de secretaria:
>
> IV - manter sob sua guarda e responsabilidade os autos, não permitindo que saiam do cartório, exceto:
>
> b) com vista a procurador, à Defensoria Pública, ao Ministério Público ou à Fazenda Pública;
>
> Art. 272. § 6º A retirada dos autos do cartório ou da secretaria em carga pelo advogado, por pessoa credenciada a pedido do advogado ou da sociedade de advogados, pela Advocacia Pública, pela Defensoria Pública ou pelo Ministério Público implicará intimação de qualquer decisão contida no processo retirado, ainda que pendente de publicação.
>
> Art. 234. Os advogados públicos ou privados, o defensor público e o membro do Ministério Público devem restituir os autos no prazo do ato a ser praticado.
>
> § 2º Se, intimado, o advogado não devolver os autos no prazo de 3 (três) dias, perderá o direito à vista fora de cartório e incorrerá em multa correspondente à metade do salário-mínimo.
>
> § 4º Se a situação envolver membro do Ministério Público, da Defensoria Pública ou da Advocacia Pública, a multa, se for o caso, será aplicada ao agente público responsável pelo ato.
>
> § 5º Verificada a falta, o juiz comunicará o fato ao órgão competente responsável pela instauração de procedimento disciplinar contra o membro que atuou no feito.
>
> Art. 187. O membro da Defensoria Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções.

4.11 COMENTÁRIO AOS ARTIGOS 152, 187, 234 E 272 DO CPC (VISTA DOS AUTOS FORA DA SECRETARIA. RESPONSABILIZAÇÃO DO DEFENSOR PÚBLICO. APLICAÇÃO DE MULTA. POSSÍVEL INCONSTITUCIONALIDADE)

Segundo os dispositivos, em regra, não é permitindo que os autos (físicos) saiam do cartório da vara. A exceção fica por conta da vista concedida ao procurador, à Defensoria Pública, ao Ministério Público ou à Fazenda Pública. A disposição se coaduna com a prerrogativa de vista pessoal dos processos fora dos cartórios e secretarias, prevista na LC 80/94 (art. 44, VI; 89, VI e 128, VII), deixando o código expresso que a retirada dos autos implicará intimação de qualquer decisão contida no processo retirado, ainda que pendente de publicação, sendo dever do membro restituir os autos no prazo do ato a ser praticado.

O parágrafo segundo do artigo 234 estipula *penalidades* ao *advogado* para o caso de não devolução dos autos no prazo de três dias, quais sejam, a *perda do direito à vista fora de cartório* e *multa correspondente à metade do salário-mínimo*. Para os *membros da Defensoria Pública, do Ministério Público e da Advocacia Pública* são previstos (nos parágrafos 4º e 5º do dispositivo) a aplicação de *multa*, assim como a comunicação do fato à respectiva corregedoria, que é o órgão competente para eventual instauração de procedimento disciplinar contra o membro que deixou de restituir os autos, ao qual compete analisar o cabimento de aplicação de algum tipo de sanção administrativa. Não parece ser possível a aplicação da pena de perda do direito à vista fora de cartório aos membros das instituições públicas, já que, segundo entendimento que vem prevalecendo, a intimação ocorre com a entrada dos autos na instituição. Assim, cabe à instituição, através de seus setores administrativos, receber e, da mesma forma, proceder à devolução dos processos ao Poder Judiciário. Se o atraso tiver ocorrido em razão de desídia ou resistência do defensor público, tal fato deverá ser apurado internamente, com a consequente instauração de procedimento disciplinar e eventual responsabilização do membro. Daí a previsão contida no dispositivo (parágrafo 5º) relativamente

à comunicação, pelo juiz, do fato ao órgão competente responsável pela instauração de procedimento disciplinar contra o membro.

O dispositivo aduz, ainda, que a multa será aplicada diretamente ao agente público responsável pelo ato. Tal previsão é de constitucionalidade bastante duvidosa, pois vai de encontro à previsão contida no artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal, que dispões sobre a responsabilidade indireta do servidor público (*As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa*). Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça decidiu, no RMS nº 54183/SP (Quinta Turma, j. 13/08/2019), que o defensor público, em sua atuação, exerce a função em nome da Defensoria Pública, não sendo possível responsabilizá-lo pessoalmente, de forma que as sanções aplicadas aos seus membros devem ser suportadas pela instituição, sem prejuízo de eventual ação regressiva.

Por fim, o artigo 187 do CPC traz a previsão de que o membro da Defensoria Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções.

> Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:
>
> I - assegurar às partes igualdade de tratamento;
>
> II - velar pela duração razoável do processo;
>
> III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias;
>
> IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;
>
> V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;
>
> VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;
>
> VII - exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais;

VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso;

IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais;

X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.

Parágrafo único. A dilação de prazos prevista no inciso VI somente pode ser determinada antes de encerrado o prazo regular.

Art. 223. Decorrido o prazo, extingue-se o direito de praticar ou de emendar o ato processual, independentemente de declaração judicial, ficando assegurado, porém, à parte provar que não o realizou por justa causa.

§ 1º Considera-se justa causa o evento alheio à vontade da parte e que a impediu de praticar o ato por si ou por mandatário.

§ 2º Verificada a justa causa, o juiz permitirá à parte a prática do ato no prazo que lhe assinar.

Art. 222. Na comarca, seção ou subseção judiciária onde for difícil o transporte, o juiz poderá prorrogar os prazos por até 2 (dois) meses.

§ 1º Ao juiz é vedado reduzir prazos peremptórios sem anuência das partes.

§ 2º Havendo calamidade pública, o limite previsto no caput para prorrogação de prazos poderá ser excedido.

4.12 COMENTÁRIO AOS ARTIGOS 139, 222 E 223 DO CPC (PODERES-DEVERES DO JUIZ E VULNERABILIDADE DA PARTE. ALTERAÇÃO DE PRAZOS. ORDEM DA PRODUÇÃO DE PROVAS. SANEAMENTO DE VÍCIOS)

Como bem observa Fernanda Tartuce, os deveres-poderes conferidos ao magistrado devem servir também para igualar as forças no processo, quando constatada a vulnerabilidade proces-

sual de uma das partes[17]. Isto se revela já no primeiro inciso do artigo 139, quando afirma incumbir ao juiz assegurar às partes igualdade de tratamento.

Neste sentido, compete ao magistrado dilatar os prazos processuais, sejam dilatórios ou peremptórios (já que o código não faz restrição quanto à ampliação) e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito (inc. VI), sempre que alguma das partes esteja em situação de vulnerabilidade processual, como em razão de deficiência econômica (quando terá dificuldades de efetuar despesas necessárias à sua defesa), óbices geográficos (quando a parte resida em lugar distante ou que dificulte sua locomoção), problemas de saúde (como no caso de parte encontrar-se acometida de doença que lhe impeça de cumprir o ônus que lhe cabe no prazo) etc.

Tais situações – de vulnerabilidade – são extremamente comuns quando se trata de pessoas atendidas pela Defensoria Pública, por suas próprias características de indivíduos em situação de necessidade, o que dificulta ou impede muitas vezes até mesmo a comunicação entre a instituição a parte. Não por outro motivo o código previu a possibilidade de intimação pessoal da parte patrocinada quando o ato processual depender de providência ou informação que somente por ela possa ser realizada ou prestada (Art. 186, §2º). A mesma razão pode levar à dilação do prazo. Aliás, a vulnerabilidade geográfica é também causa que pode autoriza a prorrogação dos prazos, nos termos do artigo 222 do CPC.

Ainda acerca da possibilidade de modificação dos prazos, o artigo 223 assegura a parte emendar ou praticar o ato mesmo após decorrido o prazo, afastando a preclusão temporal, se provar que não realizou por justa causa, entendendo esta como o evento impeditivo alheio à vontade da parte. Deverá, nestes casos, provar a ocorrência de evento imprevisto, alheio a sua vontade e que a impossibilitou de

17. TARTUCE, Fernanda. *Vulnerabilidade processual no novo cpc*. In *Repercussões no novo cpc – defensoria pública*. Coord.: José Augusto Garcia de Souza. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 183 e seguintes.

praticar o ato[18]. Em tais casos o juiz fixará novo lapso temporal para o cumprimento. A regra deve ser aplicada também para os casos de a parte se desincumbir apenas parcialmente do ônus, sendo possível que se conceda a oportunidade de complementação.

A lei é omissa quanto ao prazo para a alegação da justa causa. Há entendimento no sentido de que deva ser arguida após cinco dias do término do impedimento. Neste sentido, decidiu-se que "não é possível deferir a dilação de prazo prevista no art. 183, § 2º, do CPC, quando o agravante alega a existência do impedimento após o prazo de cinco dias do término da situação que lhe impossibilitara de manejar o apelo, conforme previsão do art. 185 do CPC" (STJ. EDcl no AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 276.162 - MG. Segunda Turma. Julgamento em 16 de maio de 2013).

Me posiciono ao lado de Fernanda Tartuce, para quem o prazo não deve ser fixo, "mas sim ser apurada sua razoabilidade a partir das circunstâncias do caso concreto"[19], especialmente após a vigência do CPC de 2015, que busca o aproveitamento do processo sempre que possível e o efetivo contraditório. Por este raciocínio, pode-se analisar, até mesmo, se algum empecilho impediu a parte de alegar, por meio de sua defesa técnica, o impedimento, na primeira oportunidade, por exemplo, por não ter conseguido contato com seu patrono.

Neste aspecto, a possibilidade de determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa (inc. VIII), é também instrumento apto à superação da vulnerabilidade processual, especialmente no tocante à dificuldade de produção de provas e obtenção de informações úteis ou necessárias (necessidade informacional), considerando que, em certos casos, mesmo a assistência técnica (por meio de defensor público ou advogado) não é capaz de igualar a relação de poder entre as partes.

Ainda neste contexto, a previsão contida no inciso IX autoriza que se determine o suprimento de pressupostos processuais

---

18. Neste sentido: STJ. AgRg no AREsp 19550. Quarta Turma. Julgamento em 22/10/2013; REsp 991.193/PR, DJe de 20/6/2008.
19. TARTUCE, Fernanda. *Vulnerabilidade processual no novo cpc*. In *Repercussões no novo cpc – defensoria pública*. Coord.: José Augusto Garcia de Souza. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 296.

e o saneamento de outros vícios processuais, permitindo que se corrijam eventuais inconsistências ou deficiências, a exemplo de se permitir a emenda à inicial (art. 321, CPC).

4.13 COMENTÁRIO AO ARTIGO 139, X DO CPC (DEMANDAS INDIVIDUAIS REPETITIVAS E A NOTIFICAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA)

O Código de Processo Civil atual não é mais pensado exclusivamente para a tutela individual de direitos. Deve ser compreendido a partir da teoria do diálogo das fontes, diante da coexistência de processos coletivos e individuais. A principal função do processo deve ser a efetiva tutela dos direitos.

Nesta linha, o inciso X do artigo 139 determina que sejam oficiados os legitimados para a propositura de ação coletiva sempre que houver diversas demandas individuais repetitivas que possam ser objeto de processo coletivo. Norma similar já existia na Lei da Ação Civil Pública (art. 7º da Lei 7.347/1985). A disposição do CPC amplia a menção aos legitimados, na medida em que a Lei da ACP mencionava tão somente o Ministério Público.

A regra permite que o juiz provoque os legitimados coletivos, a fim de que, concluindo ser o caso, se inicie o processo, flexibilizando, de certa forma, o princípio dispositivo (art. 2º, CPC) quando se tratar de processo coletivo.

O dispositivo ganha ainda mais relevância com o veto imposto ao artigo 333 do código, que previa a conversão da ação individual em coletiva. Os parágrafos do artigo 9º da Lei 13.300/2016 (Lei do Mandado de Injunção) trazem disposição interessante, permitindo que seja conferida eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão tomada em processo individual ou que, após transitar em julgado, seus efeitos possam ser estendidos aos casos análogos por decisão do relator. Neste ponto, entendo, conforme parcela da doutrina já vem apontando, que restou reconhecida a possibilidade de coletivização de uma ação individual, de forma similar ao que ocorreria com o artigo 333 do CPC, caso não tivesse sido vetado. Certo é que, diferente da regra genérica constante no Código de Processo Civil, a previsão da Lei 13.300 foi mantida, não tendo ocorrido veto.

> Art. 217. Os atos processuais realizar-se-ão ordinariamente na sede do juízo, ou, excepcionalmente, em outro lugar em razão de deferência, de interesse da justiça, da natureza do ato ou de obstáculo arguido pelo interessado e acolhido pelo juiz.

4.14 COMENTÁRIO AO ARTIGO 217 DO CPC (PRÁTICA DE ATO PROCESSUAL FORA DA SEDE DO JUÍZO)

A previsão também se volta para a proteção da parte processualmente vulnerável, a exemplo daquela que, por motivo de doença, encontra-se hospitalizada e sem a possibilidade de deslocar-se até sede do juízo sem prejuízo de sua saúde, quando seja indispensável sua participação no ato. Neste sentido, a audiência poderá ser realizada em local que permita sua participação.

O obstáculo arguido pelo interessado deve, obviamente, ser comprovado, a fim de que possa ser acolhido pelo juiz.

> Art. 554. § 1º No caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública.

4.15 COMENTÁRIO AO ARTIGO 554, §1º DO CPC (INTERVENÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA EM AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS)

Trata-se de intervenção anômala (ou inominada), decorrente da imperiosidade de se garantir efetivo contraditório, em decorrência do perfil de *custos vulnerabilis* da instituição.

O dispositivo necessita de leitura à luz da Constituição Federal. Sobre o tema, ver tópico "Ação possessória coletiva passiva – a previsão contida no artigo 554, §1º do novo CPC".

> Art. 565. No litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, deverá designar audiência de

> mediação, a realizar-se em até 30 (trinta) dias, que observará o disposto nos §§ 2º e 4º.
>
> § 1º Concedida a liminar, se essa não for executada no prazo de 1 (um) ano, a contar da data de distribuição, caberá ao juiz designar audiência de mediação, nos termos dos §§ 2º a 4º deste artigo.
>
> § 2º O Ministério Público será intimado para comparecer à audiência, e a Defensoria Pública será intimada sempre que houver parte beneficiária de gratuidade da justiça.

4.16 COMENTÁRIO AO ARTIGO 565, §2º DO CPC (INTIMAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA COMPARECER À AUDIÊNCIA EM AÇÃO POSSESSÓRIA. DIFERENÇA ENTRE GRATUIDADE DA JUSTIÇA E ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA)

Assim como o artigo 554, §1º, o dispositivo em comento necessita de leitura à luz da Constituição Federal.

A *gratuidade de justiça* (também denominada *justiça gratuita*) não se confunde com a *assistência jurídica gratuita*. Esta última se reporta à prestação de serviços jurídicos (atendimento, orientações e atuação em processos judiciais ou administrativos), enquanto a primeira (gratuidade da justiça) se refere à isenção de custas e honorários processuais. Não há vinculação entre elas. Sendo assim, pode alguém ter deferida a gratuidade da justiça, mas não a assistência jurídica gratuita, e vice-versa. Além disso, a representação da parte por advogado particular não impede a concessão de gratuidade da justiça (Art. 99, 4º do CPC).

A assistência jurídica (o termo "jurídica" é mais amplo do que "judiciária", pois vai além da atuação perante o Poder Judiciário) no Brasil é atribuição constitucionalmente conferida à Defensoria Pública (Art. 134 da CF).

A Lei 1.060/50 em muito contribuiu para a confusão entre os institutos, ao tratar da assistência judiciária gratuita (ou seja, a assistência jurídica prestada tão somente em um processo judicial) em conjunto com a gratuidade da justiça (que tem relação com a isenção de custas processuais), identificando seu destinatário (o necessitado) como "aquele cuja situação econômica não lhe per-

mita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família". Durante bom tempo a confusão trazida pela lei estendia-se para a assistência jurídica gratuita (prestada pela Defensoria Pública e com um campo mais abrangente, que vai além da atuação em um processo judicial), gerando equívocos até hoje recorrentes no cenário jurídico.

Visando aclarar a questão, o CPC de 2015 revogou expressamente diversos artigos da Lei 1.060/50 (art. 1.017, III do CPC) e realizou a separação dos institutos, passando a ser a base da regulamentação da gratuidade da justiça e deixando evidente que a regulamentação quanto à assistência jurídica gratuita tem seu embasamento na Lei Complementar 80/1994, como corolário do artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal. Já assistência judiciária é instituto que se encontra superado, considerando que já abrangida pela assistência jurídica, nada obstante ainda se verifiquem casos de nomeação dos chamados advogados dativos em locais onde ainda não há a efetiva instalação da Defensoria Pública.

Subsiste ainda menção à assistência judiciária no artigo 27, II do CPC, que trata da cooperação jurídica internacional e da igualdade de tratamento entre nacionais e "estrangeiros" necessitados. Considero que foi infeliz o legislador processual neste ponto, tendo em vista que somente há que se falar em igualdade de tratamento mediante a garantia de assistência jurídica, nos mesmos moldes garantidos aos brasileiros. Demais disso, registra-se também crítica quanto ao uso da desatualizada expressão "estrangeiros", carregada de uma carga de preconceitos e separatismos, sendo preferível sua substituição pela palavra "migrante", como fez a nova Lei de Migração (Lei 13.445/2017).

Com efeito, o parágrafo segundo do dispositivo em comento necessita ser lido à luz da Constituição Federal, a fim de que seja realizada a intimação da Defensoria Pública sempre que houver parte necessitada/vulnerável. Sobre o tema, ver tópico "Ação possessória coletiva passiva – a previsão contida no artigo 554, §1º do novo CPC".

Segundo Maurílio Casas Maia o dispositivo tem como finalidade reequilibrar o embate processual. Tal disparidade poderia ser ocasionada pela própria Defensoria Pública, quando atuasse em

favor de coletividade (CPC, artigo 554, §1º) em situação na qual os interesses daquela fossem opostos aos da parte (individual) necessitada. Em razão disso, Maia sustenta que a intimação prevista no dispositivo (CPC, artigo 565, §2º) deve ocorrer mesmo quando a parte esteja patrocinada por advogado. Diante disso, o defensor intimado poderia: *(a)* manter-se inerte, quando não detectar traços de desequilíbrio processual ou de séria vulnerabilidade; *(b)* assumir o papel de assistente simples da parte beneficiária de gratuidade judiciária acompanhada de advogado; *(c)* assumir a representação da parte quando o advogado abandonar a causa e outro não for nomeado pela parte. Por fim, entende que não houve equívoco legislativo ao se utilizar o termo "parte beneficiária de gratuidade da justiça" no parágrafo segundo do artigo 565[20].

Com relação à necessidade de intimação e as alternativas que podem ser adotadas pelo defensor público diante dela, trata-se de posição com a qual compartilho, discordando, tão somente, no que diz respeito ao uso da expressão "gratuidade da justiça", a qual, conforme já explicitado acima, deve ser lida à luz da Constituição Federal, a fim de abarcar os mais diversos tipos de vulnerabilidade (e não somente aquela vinculada a aspectos econômicos), de forma que a Defensoria Pública será intimada sempre que houver coletividade ou parte vulnerável (seja sob o ponto de vista financeiro, seja em razão de outros aspectos, como o organizacional, processual, circunstancial etc.).

Importa registrar que qualquer pessoa que deseje assistência jurídica gratuita por parte da Defensoria Pública poderá comparecer ao órgão e solicitá-la, mediante a apresentação de documentos que façam presumir ou comprovem a necessidade, como a declaração de pobreza, após o que a concessão (ou não) do benefício será devidamente avaliada por um Defensor Público, tendo como parâmetro as normas concernentes à matéria.

20. MAIA, Maurílio Casas. *A intervenção de terceiro da Defensoria Pública nas ações possessórias multitudinárias do NCPC: colisão de interesses (art. 4º-A, V, LC N. 80/1994) e posições processuais dinâmicas*. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). Novo CPC – doutrina selecionada. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 1253.

A presunção decorrente da declaração pode ser afastada quando haja indícios de que o interessado não é necessitado, quando poderão ser exigidos documentos complementares.

> Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.
>
> § 1º A gratuidade da justiça compreende:
>
> I - as taxas ou as custas judiciais;
>
> II - os selos postais;
>
> III - as despesas com publicação na imprensa oficial, dispensando-se a publicação em outros meios;
>
> IV - a indenização devida à testemunha que, quando empregada, receberá do empregador salário integral, como se em serviço estivesse;
>
> V - as despesas com a realização de exame de código genético - DNA e de outros exames considerados essenciais;
>
> VI - os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira;
>
> VII - o custo com a elaboração de memória de cálculo, quando exigida para instauração da execução;
>
> VIII - os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório;
>
> IX - os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido.

4.17 COMENTÁRIO AO ARTIGO 98 DO CPC (DIFERENÇA ENTRE GRATUIDADE DA JUSTIÇA E ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA)

O artigo lista despesas que não serão exigidas do beneficiário da justiça gratuita, conceituando-o como aquele com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios.

A redação do dispositivo segue a linha do que já era previsto na lei 1.060/50, onde se lia que "a parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família".

A condição pode ser comprovada mediante simples declaração (Art. 1º da lei 7.115/83[21] e Art. 99, 3º do CPC), podendo o pedido ser formulado a qualquer momento, na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo, em recurso ou por petição simples, nos autos do próprio processo, quando superveniente à primeira manifestação da parte na instância. (Art. 99, *caput e* parágrafo 1º do CPC).

Trata-se de presunção relativa, de forma que o juiz poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes do indeferimento, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos.

Requerida a concessão de gratuidade da justiça em recurso, o recorrente estará dispensado de comprovar o recolhimento do preparo, incumbindo ao relator, neste caso, apreciar o requerimento e, se indeferi-lo, fixar prazo para realização do recolhimento (Art. 99, §7º do CPC).

Deferido o pedido, é cabível impugnação da parte contrária (que deverá ser feita, a depender do momento processual, na contestação, na réplica, nas contrarrazões de recurso ou, nos casos de pedido superveniente ou formulado por terceiro, por meio de petição simples, a ser apresentada no prazo de quinze dias, nos autos do próprio processo). Contra a decisão que *indeferir a gratuidade ou a que acolher pedido de sua revogação* caberá *agravo de instrumento*, exceto quando a questão for resolvida na *sentença*, quando caberá *apelação* (artigos 100, 101 e 1.015, V do CPC).

A gratuidade da justiça não se confunde com a assistência jurídica gratuita, que é prestada pela Defensoria Pública, de forma que

21. A declaração destinada a fazer prova de vida, residência, pobreza, dependência econômica, homonímia ou bons antecedentes, quando firmada pelo próprio interessado ou por procurador bastante, e sob as penas da Lei, presume-se verdadeira.

não há vinculação entre elas. Sendo assim, pode alguém ter deferida a gratuidade da justiça, mas não a assistência jurídica gratuita, e vice-versa. Tanto que o patrocínio do requerente por advogado particular não impede a concessão de gratuidade da justiça (Art. 99, 4º do CPC).

Apesar disso, em geral aquele que faz jus a uma também tem direito à outra. Sobre o tema, ver "Comentário ao artigo 565, §2º do CPC (intimação da Defensoria Pública para comparecer à audiência em ação possessória. Diferença entre gratuidade da justiça e assistência jurídica gratuita)".

Sobre a gratuidade no processo coletivo, o tema será objeto de tópico específico nesta obra (*Gratuidade no processo coletivo*), em capítulo próprio.

> Art. 292. O valor da causa constará da petição inicial ou da reconvenção e será:
>
> I - na ação de cobrança de dívida, a soma monetariamente corrigida do principal, dos juros de mora vencidos e de outras penalidades, se houver, até a data de propositura da ação;
>
> II - na ação que tiver por objeto a existência, a validade, o cumprimento, a modificação, a resolução, a resilição ou a rescisão de ato jurídico, o valor do ato ou o de sua parte controvertida;
>
> III - na ação de alimentos, a soma de 12 (doze) prestações mensais pedidas pelo autor;
>
> IV - na ação de divisão, de demarcação e de reivindicação, o valor de avaliação da área ou do bem objeto do pedido;
>
> V - na ação indenizatória, inclusive a fundada em dano moral, o valor pretendido;
>
> VI - na ação em que há cumulação de pedidos, a quantia correspondente à soma dos valores de todos eles;
>
> VII - na ação em que os pedidos são alternativos, o de maior valor;
>
> VIII - na ação em que houver pedido subsidiário, o valor do pedido principal.
>
> § 1º Quando se pedirem prestações vencidas e vincendas, considerar-se-á o valor de umas e outras.
>
> § 2º O valor das prestações vincendas será igual a uma prestação anual, se a obrigação for por tempo indeterminado ou por tempo superior a 1 (um) ano, e, se por tempo inferior, será igual à soma das prestações.

> § 3º O juiz corrigirá, de ofício e por arbitramento, o valor da causa quando verificar que não corresponde ao conteúdo patrimonial em discussão ou ao proveito econômico perseguido pelo autor, caso em que se procederá ao recolhimento das custas correspondentes.
>
> Art. 293. O réu poderá impugnar, em preliminar da contestação, o valor atribuído à causa pelo autor, sob pena de preclusão, e o juiz decidirá a respeito, impondo, se for o caso, a complementação das custas.

4.18 COMENTÁRIO AO ARTIGO 293 DO CPC (IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA)

O artigo 293 informa o momento e modo para impugnação do valor da causa pelo réu, que deverá ser feita em preliminar de contestação, e não por meio de petição autônoma.

Uma vez arguida a questão na peça contestatória, o juiz decidirá a seu respeito. Negado o pedido, deverá ser mantido o valor da causa atribuído pelo autor na petição inicial. Se, todavia, for deferido, poderá ser imposta a complementação das custas.

A decisão poderá ocorrer por meio de decisão interlocutória ou de sentença (como no caso de julgamento antecipado do mérito). Em qualquer desses casos, não será cabível agravo de instrumento - independente do deferimento ou do indeferimento da preliminar suscitada -, já que não há previsão no rol do artigo 1.015 do CPC, podendo a parte alegar a matéria em sede de apelação ou contrarrazões (Art. 1.009, §1º do CPC).

O procedimento é diferente do pedido da gratuidade da justiça. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso (Art. 99), podendo a parte contrária, caso deferido o pedido, oferecer impugnação na contestação, na réplica, nas contrarrazões de recurso ou por meio de petição autônoma simples, nos casos de pedido superveniente ou formulado por terceiro, no prazo de 15 dias, nos próprias autos do processo. Sobre a gratuidade da justiça, ver "Comentário ao artigo 98 do CPC (Diferença entre gratuidade da justiça e assistência jurídica gratuita)".

> Art. 287. Parágrafo único. Dispensa-se a juntada da procuração:
>
> II - se a parte estiver representada pela Defensoria Pública;

4.19 COMENTÁRIO AO ARTIGO 287, II DO CPC (DISPENSA DE MANDATO E APRESENTAÇÃO DE PROCURAÇÃO)

A Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (Lei Complementar 80/1994) dispõe que os defensores públicos representarão a parte, em feito administrativo ou judicial, *independentemente de mandato*, ressalvados os casos para os quais a lei exija poderes especiais (artigos 44, XI, 89, XI e 128, XI).

Sendo a procuração instrumento por meio do qual se formaliza o mandato, está igualmente dispensada, conforme passou a constar expressamente no código processual nacional, já que a capacidade postulatória dos membros da Defensoria Pública decorre diretamente da Constituição e da lei (LC 80/94, art. 4º, § 6º A capacidade postulatória do Defensor Público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público. Nesse sentido: o STJ assentou que os defensores não são advogados públicos, possuem regime disciplinar próprio, têm sua capacidade postulatória decorrente diretamente da Constituição Federal e não necessitam de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil – RHC 61.848/PA, Quinta Turma, Min. Felix Fisher, julgado em 04/08/2016 e REsp 1710155/CE, Segunda Turma, Min. Herman Benjamin, julgado em 02/08/2018).

Os poderes especiais, para os quais exige-se mandato, estão previstos no artigo 105 do Código de Processo Civil. São eles: receber citação, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação, receber, dar quitação, firmar compromisso e assinar declaração de hipossuficiência econômica.

> Art. 72. Parágrafo único. A curatela especial será exercida pela Defensoria Pública, nos termos da lei.

4.20 COMENTÁRIO AO ARTIGO 72 DO CPC (CURATELA ESPECIAL)

A Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública – LONDP (Lei Complementar 80/1994) estabelece ser função da instituição exercer a curadoria especial (artigo 4º, inciso XVI), o que restou ratificado no texto do Código de Processo Civil de 2015.

Sendo assim, havendo Defensoria Pública instalada na comarca ou sessão judiciária, o múnus da curadoria deve recair obrigatoriamente sobre esta. Trata-se de função atípica. De mais a mais, diante da impossibilidade de que o réu providencie sua defesa, presume-se a necessidade. A vulnerabilidade, nestes casos, independe da situação econômica do demandado.

É importante, contudo, realizar uma distinção nem sempre percebida quando da nomeação de curador especial. É que a curadoria, muitas vezes, exige a realização de atos processuais e materiais.

Dois exemplos ilustram a questão: (a) demanda de saúde é julgada procedente, determinando-se a realização de procedimentos médicos em favor de criança (incapaz, portanto) em delicado estado. Os genitores, todavia, se opõem ao tratamento, criando, claramente, obstáculos para sua efetivação; (b) incidente de insanidade mental é instaurado, no bojo de processo criminal, diante de dúvida surgida com relação à imputabilidade penal do acusado. O magistrado nomeia a Defensoria Pública para atuar como curador e remete os autos dando ciência da data e hora estabelecidas para a realização do exame pericial.

No primeiro caso, assim, há necessidade de atos processuais (defesa dentro do processo judicial) e extraprocessuais ou materiais (atos necessários à efetivação da medida, como acompanhamento da menor às consultas, ingestão de medicamentos, realização de procedimentos cirúrgicos etc.). O mesmo ocorre no segundo (defesa técnica no processo e acompanhamento do réu em exame de insanidade mental).

A curadoria a ser exercida pela Defensoria Pública é a especial, de natureza processual, e não a material. A primeira (processual) também é chamada pela doutrina de *curadoria à lide*, pois se restringe ao processo, dentro dos casos expressos em lei.

Deve-se atentar, destarte, que o instituto da curadoria, de direito material, não se confunde com a curadoria especial. A atuação da Defensoria Pública, na qualidade de curador especial, tem efeito tão somente endoprocessual[22]. Ou seja, compete ao Defensor

22. Nesse sentido: JUNIOR, Arcênio Brauner. *Princípios institucionais da defensoria pública da união*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014. p. 133-134.

Público, dentro do desempenho de função atípica (curadoria especial), desenvolver a defesa técnica processual, sendo necessário a nomeação de representante do incapaz ou do réu para a prática de atos materiais necessários à efetivação da respectiva medida.

Ou seja, além da designação da Defensoria Pública deve ser nomeado curador para representar, extraprocessualmente, os interesses da parte, na realização de atos materiais necessários, recaindo a escolha preferencialmente sobre pessoa da família (preferência que se extrai do artigo 1.775 do Código Civil).

O Conselho Superior da Defensoria Pública da União, a fim de orientar os Defensores Públicos Federais nesses casos, fez constar na Resolução 133 que "A função institucional de curadoria especial possui natureza exclusivamente processual, não abrangendo as modalidades de tutela e curatela previstas no ordenamento civil material". A questão já houvera sido tratada pelas revogadas Resoluções 85/2014 e 39/2010, no mesmo sentido. Conforme a redação da mais antiga: "A função institucional de curadoria especial, prevista no art. 4º, inciso XVI, da Lei Complementar nº 80/94 c/c os arts. 9º, 218, parágrafos 2º e 3º, 302, parágrafo único, 1.042, 1.179, 1.182, §1º, todos do Código de Processo Civil, não abrange as modalidades de tutela e curatela previstas no ordenamento civil material, Título IV, do Livro IV, do Código Civil, arts. 1.728 a 1.783".

Interessante observar que a recíproca também é verdadeira, pois que, nomeado curador (atos materiais) este não poderá postular em juízo, devendo ser nomeado um defensor público, caso não prefira ou não possa contratar advogado de sua confiança (nada impedindo que, sendo o curador inscrito nos quadros da OAB, este desempenhe ambas as funções).

4.21 COMENTÁRIO AO ARTIGO 72 DO CPC (EMBARGOS À EXECUÇÃO, ATUAÇÃO NO POLO ATIVO, RECURSOS E CURATELA ESPECIAL)

No desempenho da curatela especial haverá situações nas quais, embora a atuação ocorra no polo passivo da ação, será necessário a instauração de relação processual autônoma para a realização da defesa do curatelado, passando o curador especial a ocupar o polo ativo.

É o caso dos embargos à execução. De acordo com o artigo 914 do CPC, o executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá se opor à execução (por título extrajudicial) por meio de embargos, que serão distribuídos por dependência e autuados em apartado. Trata-se, portando, do meio de defesa, embora apresentados por ação autônoma, podendo ser ofertados no prazo de quinze dias (CPC, Art. 915). A postura ativa nestes casos, assim, possui caráter meramente acidental, já que é evidente a natureza defensiva do instrumento, utilizado por aquele que ocupa o polo passivo da demanda principal.

Desta forma, tratando-se do meio de defesa disponível ao executado, poderão os embargos ser manejados pela curadoria especial, evitando execuções indevidas. Entender de forma diversa iria na contramão da ampla defesa e do contraditório, violando princípio fundamental. A situação, aliás, é muito comum nos casos de executado não encontrado e citado por edital. Neste sentido é a súmula 196 do Superior Tribunal de Justiça: "*Ao executado que, citado por edital ou por hora certa, permanecer revel, será nomeado curador especial, com legitimidade para apresentação de embargos*".

Situação similar ocorre na *impugnação ao cumprimento de sentença*. Superando divergência vigente sob o pálio do código de 1973, o CPC de 2015 passou a prever expressamente que o devedor será intimado, para cumprir a sentença, por edital, quando citado desta forma na fase de conhecimento (CPC, Art. 513). Assim, no caso de *ausente*, a citação também será editalícia.

No cumprimento de sentença a impugnação representa o meio de defesa do devedor, podendo a curadoria especial apresenta-la, no prazo de quinze dias (CPC, Art. 525), viabilizando o exercício do direito de defesa ao curatelado na fase executiva do título judicial, em quaisquer das hipóteses que autorizam a curadoria especial (CPC, Art. 71).

No caso de atuar em favor de incapaz sem representação ou estando ela comprometida pelo antagonismo de interesses, entende a melhor doutrinar ser possível ao curador especial, inclusive, praticar ato puramente ativo, podendo, por exemplo, ajuizar uma

ação (ainda que não se trate de meio autônomo de defesa, como ocorre nos embargos do devedor)[23].

Diferente das ações de impugnação autônomas, os *recursos* ocorrem dentro do mesmo processo no qual a decisão recorrida foi proferida, não havendo óbice a que o curador especial os interponha. O mesmo se aplica ao manejo de ações autônomas que possam ser utilizadas como sucedâneo recursal, como é o caso do mandado de segurança[24].

Em síntese, o curador tem como função velar pela defesa da parte tutelada, devendo realiza-la na maior extensão possível, podendo, por isso, se valer dos mais variados meios processuais. Não há limitação na lei quanto à amplitude da defesa a ser exercida, de forma que a atuação do curador especial deve possuir amplo alcance, em homenagem ao direito ao contraditório e à ampla defesa. Conforme já decidiu o STJ, os poderes do curador especial não se distinguem dos conferidos à parte por ele representada, cabendo-lhe exercer a ampla defesa de seus direitos, podendo, até mesmo, produzir atos de resposta como a contestação, a exceção e a reconvenção, se encontrar elementos para tanto, pois a função da curatela especial confere poderes de representação legal em tudo que diga respeito ao processo e à lide nele debatida[25].

4.22 COMENTÁRIO AO ARTIGO 72 DO CPC (GRATUIDADE DA JUSTIÇA, PREPARO RECURSAL E CURADOR ESPECIAL)

A corte especial do Superior Tribunal de Justiça, no EAREsp 978895, decidiu que "tendo em vista os princípios do contraditório e da ampla defesa, o recurso interposto pela Defensoria Pública, na qualidade de curadora especial, está dispensado do pagamento de preparo" (trecho da ementa).

A decisão se originou de embargos de divergência ajuizado contra acórdão proferido pela Primeira Turma, cuja ementa era

23. Neste sentido: ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 580.

24. Neste sentido: STJ. RMS 1768/RJ. Quarta Turma. Relator Min. Athos Carneiro. Julgado em 23.03.1993.

25. STJ. REsp 1.088.068-MG, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, por unanimidade, julgado em 29/08/2017, DJe 09/10/2017.

seguinte: "Não é possível a concessão de assistência judiciária gratuita ao réu citado por edital que, quedando-se revel, passou a ser defendido por Defensor Público na qualidade de curador especial, pois inexiste nos autos a comprovação da hipossuficiência da parte, visto que, na hipótese de citação ficta, não cabe presumir a miserabilidade da parte e o curador, ainda que membro da Defensoria, não possui condições de conhecer ou demonstrar a situação econômica da parte ora agravante, muito menos requerer, em nome desta, a gratuidade de justiça".

Discutiu-se, portanto, se o fato de a Defensoria Pública atuar como curadora implica, necessariamente, no deferimento da gratuidade da justiça, devendo, por isso, ser dispensado o preparo recursal.

Decidiu-se que "se o réu é revel e está sendo assistido pela Defensoria Pública, a exigência do pagamento das custas processuais implica, na prática, na impossibilidade de interposição do recurso" (trecho do voto da ministra relatora).

Conforme se verifica, o STJ, a partir do debate acerca da necessidade de preparo recursal nestes casos, entendeu que se o réu é revel e está sendo assistido pela Defensoria Pública há de ser-lhe deferida a assistência jurídica gratuita.

Pontua-se que isto não significa que a parte não poderá ser condenada em custas e honorários sucumbências. Com efeito, segue-se o disposto no artigo 98, §2º do CPC, que dispõe no sentido de que a concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência. Assim, vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e poderão ser executadas se, nos cinco anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação que justificou a concessão de gratuidade.

Além disso, conforme dispõe o parágrafo 4º do mesmo artigo, a concessão de gratuidade não afasta o dever de o beneficiário pagar, ao final, as multas processuais que lhe sejam impostas.

> Art. 455. Cabe ao advogado da parte informar ou intimar a testemunha por ele arrolada do dia, da hora e do local da audiência designada, dispensando-se a intimação do juízo.

§ 4º A intimação será feita pela via judicial quando:
IV - a testemunha houver sido arrolada pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública;

4.23 COMENTÁRIO AO ARTIGO 455, §4º, DO CPC (INTIMAÇÃO DE TESTEMUNHA ARROLADA PELA DEFENSORIA PÚBLICA)

Nos termos do Código de Processo Civil (art. 455) a responsabilidade por cientificar a testemunha acerca da hora e do local da audiência designada é, em regra, do advogado, dispensando-se a intimação feita pelo juízo e cumprindo ao causídico juntar aos autos cópia da correspondência de intimação e do comprovante de recebimento, com antecedência de pelo menos três dias da data da audiência. Neste caso, não comparecendo a testemunha, a audiência poderá ser adiada e a testemunha conduzida coercitivamente quando não houver motivo justificado (art. 455, §5º, CPC).

Alternativamente, a parte pode comprometer-se a levar a testemunha à audiência, independentemente da intimação. Neste caso, se a testemunha não comparecer, presume-se que a parte desistiu de sua inquirição.

O código estabelece regra especial com relação à intimação das testemunhas arroladas pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública, que se realizará pelo juízo (art. 455, §4º, IV).

Convém não desconhecer previsão específica relativamente aos juizados especiais. Nos termos do artigo 34 da Lei 9.099/95 as testemunhas, até o máximo de três para cada parte, comparecerão à audiência de instrução e julgamento levadas pela parte que as tenha arrolado, independentemente de intimação, ou mediante esta, se assim for requerido. Sendo assim, nos juizados é necessário o requerimento prévio, para que haja intimação das testemunhas.

É possível defender que com o advento do Código de Processo Civil de 2015, mesmo nos juizados, as testemunhas devem ser intimadas, quando arroladas pela Defensoria Pública. Contudo, em razão das especificidades inerentes aos próprios juizados, mostra-se arriscado, na prática, adotar tal posição, enquanto o tema não for enfrentado pelos tribunais e turmas de uniformização.

> Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.
> § 3º A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.

> Art. 250. O mandado que o oficial de justiça tiver de cumprir conterá:
> IV - se for o caso, a intimação do citando para comparecer, acompanhado de advogado ou de defensor público, à audiência de conciliação ou de mediação, com a menção do dia, da hora e do lugar do comparecimento;

> Art. 513. § 2º O devedor será intimado para cumprir a sentença:
> II - por carta com aviso de recebimento, quando representado pela Defensoria Pública ou quando não tiver procurador constituído nos autos, ressalvada a hipótese do inciso IV;

4.24 COMENTÁRIO AOS ARTIGOS 334, §3º, 250, IV E 513, §2º, II DO CPC (INTIMAÇÃO DA PARTE ASSISTIDA PELA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OU DE MEDIAÇÃO. NECESSIDADE DE MENÇÃO AO DEFENSOR PÚBLICO NO MANDADO DE INTIMAÇÃO PARA A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OU DE MEDIAÇÃO. INTIMAÇÃO DO DEVEDOR REPRESENTADO PELA DEFENSORIA PÚBLICA PARA CUMPRIR A SENTENÇA)

O artigo 334 do Código não faz ressalva expressa quanto à intimação da parte, pessoalmente, quando for assistida pela Defensoria Pública, como o faz o artigo 455, §4º (objeto do comentário anterior).

Nada obstante, realizando-se interpretação sistemática do código processual, conclui-se que também a intimação do autor, quando patrocinado pela Defensoria Pública, deverá ser pessoal, especialmente considerado o grande volume de demandas da instituição, assim como o perfil de vulnerabilidade informacional dos assistidos pela Defensoria Pública.

Ainda nesse sentido, interessa observar que o código, em diversas passagens, faz clara distinção entre o Advogado e o Defensor Público, quando quer se referir ao último. Tanto é assim, que no parágrafo 9º do artigo 334, menciona que "as partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos". Vide, também, o previsto no artigo 250, abaixo transcrito.

O texto do parágrafo 3º é claro ao referir-se tão somente as partes representadas por advogado. Quisesse o legislador incluir aí, também, aqueles que têm sua defesa realizada via Defensoria Pública, teria feito expressamente.

Ainda, será possível ao Defensor Público requerer a intimação pessoal com base no *artigo 186, §2º* do CPC/2015.

O artigo 250, por sua vez, estabelece a necessidade de constar, no mandado de intimação do citando para comparecer à audiência de conciliação ou de mediação, menção expressa de que poderá ser acompanhado de advogado ou de defensor público, bem como a menção do dia, da hora e do lugar do comparecimento.

Por fim, o artigo 513 dispõe que o devedor representado pela Defensoria Pública será intimado para cumprir a sentença por meio de carta com aviso de recebimento.

> Art. 362. A audiência poderá ser adiada:
>
> I - por convenção das partes;
>
> II - se não puder comparecer, por motivo justificado, qualquer pessoa que dela deva necessariamente participar;
>
> III - por atraso injustificado de seu início em tempo superior a 30 (trinta) minutos do horário marcado.
>
> § 1º O impedimento deverá ser comprovado até a abertura da audiência, e, não o sendo, o juiz procederá à instrução.
>
> § 2º O juiz poderá dispensar a produção das provas requeridas pela parte cujo advogado ou defensor público não tenha comparecido à audiência, aplicando-se a mesma regra ao Ministério Público.
>
> § 3º Quem der causa ao adiamento responderá pelas despesas acrescidas.

4.25 COMENTÁRIO AO ARTIGO 362, II DO CPC (PRINCÍPIO DO DEFENSOR NATURAL E ADIAMENTO DE AUDIÊNCIA)

O dispositivo tem relação com o *Princípio do Defensor Natural*. No âmbito da Defensoria Pública, é direto da pessoa assistida ter seus direitos e interesses defendidos pelo *defensor público natural*. Apesar disso, o princípio ainda é desconhecido por boa parte dos atores da Justiça.

Conforme expressa previsão constante no *artigo 4º-A, inciso IV, da Lei Complementar 80* "são direitos dos assistidos da Defensoria Pública, além daqueles previstos na legislação estadual ou em atos normativos internos: o patrocínio de seus direitos e interesses pelo defensor natural".

O *Princípio do Defensor Público Natural* deriva da inamovibilidade e da independência funcional conferida aos membros da Defensoria Pública (artigo 134, parágrafos 1º e 4º, respectivamente, da Constituição Federal), possuindo, como visto, previsão legal expressa na LC 80/1994. Isso significa que: (a) o assistido possui o direito de ser patrocinado pelo membro da Defensoria Pública previamente investido de atribuição legal, por critérios objetivos e abstratos, evitando-se designações casuísticas. (b) o defendido não pode escolher o defensor público que atuará na sua defesa, o que tem relação com a unidade e a indivisibilidade da Defensoria Pública. (c) o defensor público não poderá ser afastado arbitrariamente dos casos em que deva oficiar.

Em outros termos, a regra assegura que não haverá defensor público de exceção, de forma que a assistência jurídica deve ser prestada por aquele que tiver atribuição previamente definida pelas regras institucionais e organização interna do órgão.

O *princípio do órgão natural*, igualmente aplicável à Magistratura e ao Ministério Público (característica comum, portanto), consubstancia-se em limite e proteção ao necessitado, que depende dos serviços da Defensoria Pública e ao próprio defensor público, assegurando-o que não haverá ingerência indevida na sua atuação. "A ideia do defensor natural consiste na vedação de nomeação de

defensor diverso daquele defensor público que tem atribuição legal para atuar na causa"[26].

Em suma, *o direito ao defensor público natural, assegurado legalmente, consiste na prévia designação de defensor para cuidar dos interesses da parte defendida, com base em normas objetivas previamente estabelecidas, evitando-se interferências internas* (a exemplo de designações realizadas pelo Defensor Público-Geral fora das regras de atribuições ou que violem a inamovibilidade) *ou externas* (como a possibilidade de nomeação arbitrária de defensor dativo pelo juiz).

Nada obstante, em razão do desconhecimento sobre o tema, é comum na prática forense situações na quais, mesmo diante da justificada impossibilidade de o defensor comparecer à audiência, o juízo resolve não adiar o ato e nomeia advogado dativo, violando os princípios do contraditório (substancial) e da ampla defesa, assim como do defensor natural.

Trata-se de garantia oponível mesmo em face do Estado. Não pode o Poder Judiciário substituir a vontade do assistido, que optou, inicialmente, pela assistência por meio da Defensoria Pública, nomeando-lhe defensor *ad hoc* (para o ato), à sua revelia, afastando o defensor público com atribuição legal para atuar.

Somente ao defendido cabe a desconstituição, ainda que somente para a realização de determinado ato. Nesse sentido, dispõe a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* ser direito do acusado ser assistido por um defensor de sua escolha (artigo 8, 2, "d").

O ato realizado sem a observância de tais prescrições é, portanto, nulo, considerando-se de nenhum efeito todos os subsequentes que dele dependam (artigo 281 do CPC)[27].

---

26. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. Salvador: Juspodivm, 2014. P. 74.

27. "No caso dos autos há violação dos princípios da ampla defesa, do contraditório e do defensor público natural, tendo em vista a nomeação de defensor ad hoc para realizar audiência de instrução e julgamento ao invés do Defensor Público Federal que já patrocinava a causa" (trecho de ementa no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 61.848 – PA. STJ. Quinta Turma. Min. Felix Fisher. Julgado em 04/08/2016).

"IV - São direitos dos assistidos da Defensoria Pública, além daqueles previstos na legislação estadual ou em atos normativos internos, o patrocínio de seus direitos e interesses pelo defensor natural (artigo 4º-A, IV, Lei Complementar nº 80/94).

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

4.26 COMENTÁRIO AO ARTIGO 190 DO CPC (NEGÓCIOS PROCESSUAIS E VULNERABILIDADE DA PARTE. INGRESSO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO PROCESSO APÓS A CONVENÇÃO DAS PARTES)

O artigo 190 do código trata dos chamados *negócios processuais*. Como se verifica, é possível a estipulação de mudanças no procedimento quando o processo tratar de direitos que admitam autocomposição. No que diz respeito ao processo coletivo, nada obstante trate de interesses indisponíveis, é possível a celebração de convenção processual (por exemplo, no bojo de uma ação civil pública) em relação a alguns aspectos, como prazos e modo de cumprimento da sentença. Assim, ainda que se trata de direitos coletivos (indisponíveis) é admissível a celebração da convenção processual. Neste sentido, é o enunciado 255 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "*É admissível a celebração de convenção processual coletiva*".

A regra pressupõe que as partes se encontrem em condições de igualdade para negociar. Visando evitar abusos, especialmente em razão de eventual desnivelamento técnico, informacional, de poder econômico, organização ou outro que comprometa a igualdade entre as partes, revelando a vulnerabilidade de uma delas, o

V - No caso dos autos há violação dos princípios da ampla defesa, do contraditório e do defensor público natural, tendo em vista a nomeação de defensor ad hoc para realizar audiência de instrução e julgamento ao invés de tentar intimar o acusado para constituir novo advogado ou preterindo o Defensor Público Estadual com atribuição para atuar no juízo coator" (trecho de ementa no HABEAS CORPUS Nº 332.895 – SC. STJ. Quinta Turma. Min. Felix Fisher. Julgado em 20/10/2016).

parágrafo único prevê a possibilidade de controle judicial dos negócios realizados, inclusive de ofício.

De certo, a convenção não poderá ser válida quando um dos litigantes se encontrar em clara situação de desvantagem em relação ao outro, a ponto de ter sua atuação em juízo e, por consequência, seus direitos comprometidos, em razão de sua vulnerabilidade (técnica, econômica, organizacional, jurídica etc.).

Questão interessante se observa quando a Defensoria Pública passa a atuar no curso do processo e verifica a realização de anterior negócio estipulado em claro prejuízo ao necessitado. Nestes casos, deverá ser requerida a invalidade da convenção, especialmente se foi realizada sem assistência técnico-jurídica ou esta ocorreu de forma deficitária, buscando assegurar as partes igualdade de tratamento (Art. 139, I do CPC). Segundo o Enunciado 18 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "*Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica*".

> Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

4.27 COMENTÁRIO AO ARTIGO 372 DO CPC (PROVA EMPRESTADA. CONDENAÇÃO COM BASE, EXCLUSIVAMENTE, EM PROVAS COLHIDAS DURANTE A FASE PRÉ-PROCESSUAL, A EXEMPLO DO INQUÉRITO CIVIL)

Trata-se de prova atípica, de conteúdo oral ou pericial formalmente documentada. Conforme anota Assumpção "não existe prova emprestada documental, porque se a prova é documental basta a extração de uma cópia do processo de origem e juntada no processo de destino"[28].

Conforme aduz o artigo, deve-se observar o contraditório (possibilidade de a parte reagir contra ou na formação da prova).

28. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo código de processo civil comentado artigo por artigo. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 652.

O enunciado 52 do Fórum Permanente de Processualistas Civis indica que "*para a utilização da prova emprestada, faz-se necessária a observância do contraditório no processo de origem, assim como no processo de destino, considerando-se que, neste último, a prova mantenha sua natureza originária*".

De mais disso, há forte cizânia doutrinária quanto à necessidade de identidade de partes, havendo corrente que afirma ser possível o empréstimo de provas entre processos nos quais figurem partes distintas. De toda sorte, ainda que se admita, deve-se observar o contraditório. Nesse sentido:

> Em vista das reconhecidas vantagens da prova emprestada no processo civil, é recomendável que essa seja utilizada sempre que possível, desde que se mantenha hígida a garantia do contraditório. No entanto, a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade, sem justificativa razoável para tanto. **Independentemente de haver identidade de partes, o contraditório é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada**, de maneira que, assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, afigura-se válido o empréstimo (...). (EREsp 617.428/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/06/2014, DJe 17/06/2014).

O *contraditório é o limite da prova emprestada*. Conforme comenta Assumpção[29], este limite deve ser analisado no caso concreto. Aponta o autor três situações nas quais seria possível o aproveitamento da prova mesmo em processos que possuem partes diferentes: sendo admissível que a parte que não participou da produção da prova a utilize contra a parte que o fez; quando a prova não possa mais ser (re)produzida, como no caso do falecimento de uma testemunha ou perecimento de objeto de perícia; no caso de provas produzidas em inquérito civil, quando estas sejam de produção impossível durante o processo judicial ou excessivamente onerosas. O Superior Tribunal de Justiça também já se pronunciou sobre a

29. Ibidem.

possibilidade de uso da prova produzida em inquérito policial em ação civil pública.[30]

Mesmo nestes casos, a análise deve ser realizada *cum grano salis*, sempre pautado pela observância da garantia do contraditório, devendo ocorrer apenas excepcionalmente. Especificamente quanto ao terceiro exemplo (prova produzida no inquérito civil) é preciso observar que, invariavelmente, é produzida sem observância ao contraditório e utilizada pelo próprio autor da ação (no caso, o Ministério Público), o qual possui interesse processual no resultado do feito. O raciocínio deve ser aplicado à ação ajuizada pela Defensoria Pública, mediante a produção de provas em procedimento administrativo prévio (processo de assistência jurídica). Nesse sentido, o STJ já teve oportunidade de afirmar que "o inquérito civil possui eficácia probatória relativa para fins de instrução da ação civil pública"[31].

O artigo não traz limitação relacionada à natureza do processo ou da Justiça na qual teve curso a ação em cuja a prova que se pretende emprestar se encontra. Sendo assim, não haveria impedimento para o empréstimo de provas colhidas em processos de naturezas diversas (cível e criminal, por exemplo) assim como entre aqueles em curso em âmbitos diversos da Justiça (Estadual e Federal), não exigindo, também, o trânsito em julgado[32].

Por fim, o artigo aduz que o julgador atribuirá à prova emprestada o valor que considerar adequado. Sendo assim, a valoração poderá ser diferente daquela dada pelo juízo do processo de origem, desde que a prova não tenha sido anulada no processo originário. Demais disso, devendo-se pautar pelo contraditório, a forma de produção da prova deve ser considerada quando da valoração. Nos exemplos acima mencionados, sendo a prova admitida

---

30. STJ. RHC 52.209 – RS. Quinta Turma. Julgamento em 20 de novembro de 2014: "Inviável, por conseguinte, acoimar-se de ilegais as decisões proferidas na instância de origem, uma vez que, tendo sido licitamente autorizada a interceptação telefônica dos investigados em inquérito policial, é plenamente possível o compartilhamento da prova para fins de instruir ação civil pública referente aos mesmos fatos" (trecho da ementa).
31. STJ. 2º Turma. RESp 1.280.321/MG. j. 06.03.2012.
32. No sentido do que aqui exposto: INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS CIVIL E CRIMINAL. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE PROVAS OBTIDAS NO PROCESSO CRIMINAL, DESDE QUE OBSERVADO O CONTRADITÓRIO (STJ. AgRg no AREsp 24940. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Julgamento em 18 de fevereiro de 2014).

com atenuação do contraditório, por razões excepcionais, ela deve receber menor valor, em razão disso. Sendo assim, tanto no caso do inquérito civil, quanto do policial, eventual condenação não deve ocorrer com base, exclusivamente, em provas colhidas durante a fase pré-processual, conforme entendimento já há muito adotado para condenações de natureza criminal[33].

> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
>
> I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
>
> II - os enunciados de súmula vinculante;
>
> III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
>
> IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
>
> V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.
>
> § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.
>
> § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.
>
> § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.
>
> § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

33. Nesse sentido: STF. RE 287658 / MG.

4.28 COMENTÁRIO AO ARTIGO 977 (ATUAÇÃO DO DEFENSOR PÚBLICO DIANTE DO SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES)

Dentre as novidades trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 destaca-se a disposição contida no *artigo 927*. Trata-se do que vem se denominando de *sistema de precedentes do novo Código de Processo Civil*, evidente influência da tradição da *common law*, adotada por países nos quais o ordenamento jurídico se baseia nos costumes, onde o direito consuetudinário serve para a fundamentação de decisões que podem formar precedentes, os quais serão utilizados em casos similares futuros.

A adoção de precedentes no sistema jurídico brasileiro, pautado pela *civil law* e, portanto, baseado nas leis, não é algo inédito. Ainda sob a égide do antigo código processual havia espaço para tanto. A novidade fica por conta da força vinculante. Agora, o precedente não detém somente a função de orientar a interpretação do ato normativo, mas pode obrigar o julgador a adotar o mesmo fundamento de decisão anterior, aproximando-se da ideia do *stare decisis* (doutrina característica do *common law*, decorrente da expressão latina *stare decisis et non quieta movere*, em uma tradução livre: mantenha-se a decisão e não se mexa no que foi estabelecido).

Nesse sentido, o já mencionado artigo 927 trouxe situações que devem ser observadas pelos juízes e tribunais. São elas: (a) as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (b) os enunciados de súmula vinculante; (c) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; (d) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; (e) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Conquanto as situações previstas nos itens "b" e "c", por sua própria natureza, já vinculem, é certo que nos demais casos haverá um efeito automático, qual seja, a eficácia vinculante do precedente, que passa a ser, assim, obrigatório.

Vale observa que o precedente decorre de uma decisão que transcende o caso concreto e que, por isso, venha a ser utilizada

para fundamentar outro julgamento. Em outros termos, "o precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos"[34].

Demais a mais, importa ter em mente que o que vincula no precedente é a *ratio decidendi* (ou, na linguagem norte-americana, *holding*), ou seja, os motivos determinantes da decisão. Bem por isso, há quem sustente que o artigo 927, inciso "I" trouxe previsão expressa acerca da *teoria dos motivos determinantes* no controle concentrado. Aquilo que constou na decisão como *obiter dicta* (ou, no singular, *obiter dictum*) não fará parte do precedente.

Uma vez invocado o precedente — e seus fundamentos — as decisões judicias deverão demonstrar: (1) as razões determinantes pelas quais o caso sob julgamento se ajusta ao precedente, quando decidido em conformidade com este; ou (2) a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, quando a decisão for de forma diversa (artigo 489, parágrafo 1º do CPC/2015).

Vê-se, portanto, que além de conhecer com profundidade o texto legal e a jurisprudência dos tribunais (incluindo-se, aí, as súmulas), o operador do direito deverá ter domínio dos precedentes adotados pelas cortes.

Sendo assim, diante de um caso concreto, deverá o defensor público:

1) Verificar, à luz do caso posto, se existe decisão anterior envolvendo a situação fática e jurídica e, assim, se há precedente.
2) Existindo, identificar, no precedente, aquilo que compõe o núcleo da decisão, seus fundamentos essenciais (ou seja, a *ratio decidendi*, aquilo sem a qual a decisão não teria sido tomada como foi), separando-os das argumentações jurídicas mencionadas apenas de passagem, dos fundamentos

34. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. Volume 2. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 441.

prescindíveis para o deslinde da controvérsia original (ou seja, o *obter dicta*).

A partir daí duas possibilidades irão surgir: (a) a *ratio decidendi* é favorável aos interesses do assistido, encaixando-se na defesa de sua pretensão; (b) a *ratio decidendi* é contrária aos interesses do assistido, indo de encontro à sua pretensão jurídica.

3) Sendo favorável, o defensor público deverá, na fundamentação jurídica de eventual petição, mencionar o precedente, demonstrando que se amolda ao caso apresentado, explicitando sua *ratio decidendi* e pleiteando, nos pedidos, pela sua aplicação (obrigatória), nos termos do artigo 927 do CPC/2015, devendo o juiz ou tribunal fazer constar expressamente nos fundamentos da decisão as razões pela adoção ou não do argumento, nos termos do artigo 489 do código processual.
4) Sendo desfavorável, haverá, ainda, duas técnicas possíveis de serem seguidas. Nessa situação, deve-se observar a possibilidade da distinção (*distinguishing*) ou da superação do precedente (*overruling*).

No primeiro caso, busca-se o afastamento do precedente, nada obstante ele continue a existir e válido. Aí se procurará demonstrar que há, no caso do assistido, uma situação fática distinta ou uma questão jurídica que não foi examinada (não enfrentada na formação do precedente).

Imagine-se, por exemplo, caso no qual alguém, por motivo religioso, não possa fazer prova aos sábados e tenha sido designado esse dia para o teste de concurso público no qual está inscrito. Mesmo sabendo da existência de precedente — desfavorável — em tais casos, é possível argumentar pela distinção caso existam particularidades. Imagine-se que a própria banca organizadora tenha questionado expressamente durante a inscrição se haveria empecilho para fazer provas aos sábados e, ainda, que se trate de teste físico ou psicotécnico para o qual foram designados dois dias (sábado e domingo), dividindo-se os candidatos em dois grupos. Foi exatamente o que ocorreu em caso real enfrentado pelo autor desta obra, exercendo as atribuições de Defensor Público, ainda sob a

égide do antigo código, mas que pode servir de exemplo, tendo a peculiaridade permitido a concessão da segurança naquela situação.

No caso da superação, visa-se desconstituir a eficácia vinculante do julgamento paradigma, superando o entendimento anteriormente fixado. No *overruling*, assim, é preciso justificar a superação do precedente, argumentando a existência de mudança substancial da realidade, a revogação ou modificação da norma que embasou a tomada decisão em momento pretérito ou, ainda, a grave injustiça na aplicação do precedente.

> Art. 313. Suspende-se o processo:
> I - pela morte ou pela perda da capacidade processual de qualquer das partes, de seu representante legal ou de seu procurador;
> II - pela convenção das partes;
> III - pela arguição de impedimento ou de suspeição;
> IV- *pela admissão de incidente de resolução de demandas repetitivas*;
> V - quando a sentença de mérito:
> a) depender do julgamento de outra causa ou da declaração de existência ou de inexistência de relação jurídica que constitua o objeto principal de outro processo pendente;
> b) tiver de ser proferida somente após a verificação de determinado fato ou a produção de certa prova, requisitada a outro juízo;
> VI - por motivo de força maior;
> VII - quando se discutir em juízo questão decorrente de acidentes e fatos da navegação de competência do Tribunal Marítimo;
> VIII - nos demais casos que este Código regula.
> IX - pelo parto ou pela concessão de adoção, quando a advogada responsável pelo processo constituir a única patrona da causa;
> X - quando o advogado responsável pelo processo constituir o único patrono da causa e tornar-se pai.
> Art. 314. Durante a suspensão é vedado praticar qualquer ato processual, podendo o juiz, todavia, determinar a realização de atos urgentes a fim de evitar dano irreparável, salvo no caso de arguição de impedimento e de suspeição.
> Art. 977. O pedido de instauração do incidente[35] será dirigido ao presidente de tribunal:
> III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.

35. Refere-se ao incidente de resolução de demandas repetitivas.

Art. 982. Admitido o incidente, o relator:

I - suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso;

II - poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de 15 (quinze) dias;

III - intimará o Ministério Público para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 1º A suspensão será comunicada aos órgãos jurisdicionais competentes.

§ 2º Durante a suspensão, o pedido de tutela de urgência deverá ser dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso.

(...)

Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

§ 1º O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso.

4.29 COMENTÁRIO AOS ARTIGOS 314, 977, 982 E 1.036 (SUSPENSÃO DO PROCESSO EM DEMANDAS REPETITIVAS E SITUAÇÕES DE URGÊNCIA. MICROSSISTEMA DE JULGAMENTO DE CASOS REPETITIVOS)

O artigo 313 do Código de Processo Civil elenca situações nas quais o processo poderá ser suspenso, como, por exemplo, no caso de admissão de incidente de resolução de demandas repetitivas (inciso IV). Em sequência, o artigo 314 dispõe que "durante a suspensão é vedado praticar qualquer ato processual. Pode o juiz, todavia, "determinar a realização de atos urgentes a fim de evitar dano irreparável".

Previsão similar é encontrada no artigo 982, parágrafo 2º, que trata do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o qual permite que pedido de tutela de urgência seja dirigido ao juízo onde tramita o processo mesmo durante o prazo de suspensão processual.

Não há regra expressa quanto a isso quando o código trata do julgamento dos recursos repetitivos (Art. 1.036 e seguintes). O Superior Tribunal de Justiça definiu, porém, que a suspensão dos processos que versem sobre determinada matéria não impede os juízes de apreciarem demandas consideradas urgentes, restando, pois, excetuados da regra de sobrestamento os pleitos formulados em sede de tutela de urgência ou mesmo os agravos de instrumento interpostos contra decisões que apreciem pedidos de tutela de urgência.

Conforme decisão tomada no Recurso Extraordinário 1.657.156 – RJ, "as normas que tratam da suspensão dos processos, constantes no art. 313 combinado com o art. 314 do CPC/215, bem como do art. 982, § 2º, do CPC/2015, que cuida da suspensão dos feitos no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR, devem também ser aplicadas aos recursos repetitivos, tendo em vista que ambos compõem um mesmo microssistema (de julgamento de casos repetitivos), conforme se depreende do art. 928 do CPC/2015". Assim, "a suspensão do processamento dos processos pendentes, determinada no art. 1.037, II, do CPC/2015, não impede que os Juízos concedam, em qualquer fase do processo, tutela provisória de urgência, desde que satisfeitos os requisitos contidos no art. 300 do CPC/2015, e deem cumprimento àquelas que já foram deferidas" (trecho de decisão - QO na ProAfR no RECURSO ESPECIAL Nº 1.657.156 – RJ).

> Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.
>
> § 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.
>
> § 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:
>
> I - o grau de zelo do profissional;
>
> II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:

I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;

II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;

III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;

IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos;

V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos.

§ 4º Em qualquer das hipóteses do § 3º:

I - os percentuais previstos nos incisos I a V devem ser aplicados desde logo, quando for líquida a sentença;

II - não sendo líquida a sentença, a definição do percentual, nos termos previstos nos incisos I a V, somente ocorrerá quando liquidado o julgado;

III - não havendo condenação principal ou não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, a condenação em honorários dar-se-á sobre o valor atualizado da causa;

IV - será considerado o salário-mínimo vigente quando prolatada sentença líquida ou o que estiver em vigor na data da decisão de liquidação.

§ 5º Quando, conforme o caso, a condenação contra a Fazenda Pública ou o benefício econômico obtido pelo vencedor ou o valor da causa for superior ao valor previsto no inciso I do § 3º, a fixação do percentual de honorários deve observar a faixa inicial e, naquilo que a exceder, a faixa subsequente, e assim sucessivamente.

§ 6º Os limites e critérios previstos nos §§ 2º e 3º aplicam-se independentemente de qual seja o conteúdo da decisão, inclusive aos casos de improcedência ou de sentença sem resolução de mérito.

§ 7º Não serão devidos honorários no cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública que enseje expedição de precatório, desde que não tenha sido impugnada.

§ 8º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º.

§ 9º Na ação de indenização por ato ilícito contra pessoa, o percentual de honorários incidirá sobre a soma das prestações vencidas acrescida de 12 (doze) prestações vincendas.

§ 10. Nos casos de perda do objeto, os honorários serão devidos por quem deu causa ao processo.

§ 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6o, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

§ 12. Os honorários referidos no § 11 são cumuláveis com multas e outras sanções processuais, inclusive as previstas no art. 77.

§ 13. As verbas de sucumbência arbitradas em embargos à execução rejeitados ou julgados improcedentes e em fase de cumprimento de sentença serão acrescidas no valor do débito principal, para todos os efeitos legais.

§ 14. Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial.

§ 15. O advogado pode requerer que o pagamento dos honorários que lhe caibam seja efetuado em favor da sociedade de advogados que integra na qualidade de sócio, aplicando-se à hipótese o disposto no § 14.

§ 16. Quando os honorários forem fixados em quantia certa, os juros moratórios incidirão a partir da data do trânsito em julgado da decisão.

§ 17. Os honorários serão devidos quando o advogado atuar em causa própria.

§ 18. Caso a decisão transitada em julgado seja omissa quanto ao direito aos honorários ou ao seu valor, é cabível ação autônoma para sua definição e cobrança.

§ 19. Os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei.

4.30 COMENTÁRIO AO ARTIGO 85 DO CPC (HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS OU SUCUMBENCIAIS E DEFENSORIA PÚBLICA)

O processamento perante o Poder Judiciário demanda custos para o seu funcionamento. Como informa Dinamarco "custo do processo é a designação generalizada de todos os itens entre os quais se distribuem os recursos financeiros a serem despendidos no processo. Engloba despesas processuais e honorários de advogado"[36].

Realmente, nos termos do Código de Processo Civil brasileiro de 2015, a sentença condenará o vencido a pagar, *ao vencedor*, *as despesas que antecipou* e, *ao advogado*, *honorários* (artigo 82, §2º c/c art. 85, CPC). Isso nos permite chegar a algumas conclusões. Primeiro, verifica-se que as *despesas* (que englobam as custas com os atos do processo, a indenização de viagem, a remuneração do assistente técnico e a diária de testemunha, nos termos do artigo 84 do CPC) *são devidas à parte vencedora* que as tenha antecipado, já que, salvo caso de gratuidade da justiça, incumbe às partes prover as despesas dos atos que realizarem ou requererem no processo, antecipando-lhe o pagamento (CPC. Art. 82).

Já os *honorários*, nos termos do código, *são devidos ao advogado do vencedor*. Assim, são valores pagos pela parte sucumbente no litígio (a que foi vencida), tratando-se, portanto, de verba sucumbencial.

Analisando a legislação passada, verifica-se que os honorários eram devidos em caso de litigância temerária, como explicitava a

36. *Apud* BARROS, Guilherme Freire de Melo Barros. *Honorários de sucumbência e a Defensoria Pública à luz do novo código de processo civil. In:* DE SOUZA, José Augusto Garcia; DIDIER Jr, Fredie (Coords.). *Coleção repercussões do novo CPC: Defensoria Pública*, v. 5. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 378.

redação original do CPC brasileiro de 1939[37], sendo tal ideia posteriormente superada pelo modelo que entende tratar-se de forma de ressarcimento, como vimos acima. Chiovenda, dissertando sobre a condenação nas custas, explica que:

> Esse é o resultado que conduz o desenvolvimento do direito processual, segundo o qual não há, a princípio, condenação nas custas senão para os litigantes de má-fé, em seguida transcorre um período intermediário, no qual, não se percebendo a exata natureza do instituto, se aplicam à condenação nas custas princípios peculiares do direito civil (culpa), para chegar-se, enfim, à condenação absoluta.[38]

O fundamento teórico apontava no sentido de que se tratava de uma forma de ressarcimento da parte vencedora, como forma de repor o que gastou com o processo (custas) e com a contratação de seu advogado (honorários), e não como pena para aquele que decai da causa. Deveras, o artigo 20 do código de processo civil brasileiro de 1973 estabelecia que "a sentença condenará o vencido a *pagar ao vencedor* as despesas que antecipou e os honorários advocatícios". O mesmo se verificava no artigo 63 da CPC de 1939.

Assim, em sua ideia original, se o vencedor teve que pagar seu advogado para representa-lo em juízo, deveria recuperar, ao menos em parte, o que desembolsou, mediante a condenação da parte vencida. Essa não foi, todavia, a ideia que se consolidou[39], prevalecendo que os honorários da sucumbência pertencem ao advogado e não à parte, entendimento solidificado pelo código de processo civil e constante no artigo 23 do Estatuto da Advocacia[40].

---

37. CPC/1939. Art. 63. Sem prejuízo do disposto no art. 3º, a parte vencida, que tiver alterado, intencionalmente, a verdade, ou se houver conduzido de modo temerário no curso da lide, provocando incidentes manifestamente infundados, será condenada a reembolsar à vencedora as custas do processo e os honorários do advogado.
38. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil.* Vol. III. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 243.
39. Neste sentido: Guilherme Freire de Melo Barros. *Honorários de sucumbência e a Defensoria Pública à luz do novo código de processo civil.* In: DE SOUZA, José Augusto Garcia; DIDIER Jr, Fredie (Coords.). Coleção repercussões do novo CPC: Defensoria Pública, v. 5. Salvador: Juspodivm, 2015.
40. Art. 23. Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor.

A parte vencedora poderá ser ressarcida por meio da reparação dos danos, devendo ser restituída integralmente (*restitutio in integrum*), uma vez que a verba dispendida com o processo gera diminuição em seu patrimônio. Neste sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que os honorários advocatícios contratuais dispendidos integram os valores devidos a título de reparação por perdas e danos, conforme disposto nos artigos 389, 395 e 404 do Código Civil de 2002, devendo ser incluídos na indenização de danos materiais[41].

A titularidade dos honorários sucumbenciais, conferida ao advogado pelo Código de Processo Civil e pelo Estatuto da OAB, pode levar à conclusão de que não é possível a fixação de tais verbas em favor do defensor público, considerando que é figura distinta do advogado, possuindo regime jurídico próprio e atribuições próprias, nada obstante, em parte de sua atuação, também advogue representando os interesses da parte necessitada. O raciocínio é condizente com a regra prevista na Lei Complementar 80/94 (Art. 46, III), que veda a percepção de honorários pelo membro da Defensoria Pública.

Da referida Lei Complementar extrai-se, contudo, autorização para a fixação de honorários de sucumbência em favor da própria instituição (Defensoria Pública – e não do membro, Defensor Público), destinando-as, exclusivamente, ao aparelhamento do órgão e à capacitação de seus membros, por meio de um fundo próprio (LC 80/94. Art. 4º, XXI).

Podemos concluir, assim, que ao lado da possibilidade de condenação de honorários ao advogado, o ordenamento jurídico brasileiro permite a fixação da verba em favor da Defensoria Pública. Ou seja, os honorários sucumbenciais (gênero) englobam os honorários advocatícios e aqueles destinados à instituição que atua na defesa da parte necessitada, o que podemos chamar de *honorários à Defensoria Pública* ou mesmo *verba sucumbencial sui generis*, devida ao órgão. Concluir-se diversamente implicaria em ofensa aos princípios da causalidade e da isonomia, não sendo razoável exigir os honorários quando a parte vencedora é defendida por representante nomeado sem vínculo com o Estado e dispensá-lo

41. AgRg no REsp 1410705. Rel. Min. Humberto Martins. 2ª Turma. Julgado em 10/02/2015.

quando o ente estatal cumpre sua missão constitucional de prestar assistência jurídica. Não importa, neste caso, que a parte vencedora, defendida pela Defensoria Pública, não tenha realizado gastos com a contratação de sua defesa técnica, pois, como vimos, a verba não é destinada ao seu ressarcimento, mas devida a quem atua como *representante processual.*

O valor deve ser calculado levando-se em conta os parâmetros previstos no parágrafo 2º do artigo 85 do código de processo, ou seja, serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento – calculado sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa ou ainda, fixados por equidade, quando o valor da causa for muito baixo (CPC. Art. 85, §8º) – atendidas a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo profissional e o tempo exigido para o seu serviço. De acordo com a súmula 201 do STJ, é vedada sua fixação em salários mínimos.

A previsão contida no artigo 4º, XXI, da LC 80/1994, revela, ainda, que *os honorários devidos à Defensoria Pública possuem destinação específica*, devendo ser empregados exclusivamente no *aparelhamento da instituição* e na *capacitação profissional de seus membros e servidores*, por meio de *fundo gerido pelo respectivo ramo da Defensoria Pública*. Não se pode, por exemplo, destinar tais valores ao pagamento de benefícios pecuniários aos integrantes da carreira, conclusão que se extrai do próprio dispositivo em comento e da vedação à percepção de honorários, percentagens ou custas processuais pelos defensores públicos (LC 80/94. Artigos 46, III; 91, III; 130, III), regra que seria indiretamente burlada.

Importante não confundir o fundo previsto no inciso XXI do artigo 4º com aquele criado e mantido com percentual da arrecadação da taxa de polícia sobre as atividades notariais e de registro, existente em algumas unidades da federação e que também se configura como mecanismo autônomo de receita destinados a tonificar a musculatura econômica da Defensoria Pública, conforme pontuou-se na ADI 36.343 (STF. Pleno. Rel. Min. Carlos Ayres Brito. Julgado em 08.11.2006). Por meio de referida ação julgou-se constitucional fundo desta natureza, existente no Estado do Rio de Janeiro.

No âmbito do processo coletivo a condenação em verbas sucumbenciais possui certas peculiaridades, que serão analisadas em parte especificamente destinada ao tema, neste deste livro.

4.31 COMENTÁRIO AO ARTIGO 85, PARÁGRAFO 19, DO CPC (HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS EM FAVOR DOS ADVOGADOS PÚBLICOS)

O código de processo civil prescreve que "os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei" (art. 85, parágrafo 19).

Com relação aos defensores públicos, todavia, a percepção de honorários é vedada, conforme artigos 46, III; 91, III; 130, III, da LC 80, sendo vedado aos membros, nos termos da lei, "receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais, em razão de suas atribuições".

Não se deve confundir a previsão do CPC, relativa aos advogados públicos, com aquela constante no artigo 4º, XXI da LC 80 (Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: executar e receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos, destinando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores). Esta última é destinada a um fundo de aparelhamento da Defensoria Pública, e não ao membro, que não poderia receber tais verbas, por vedação legal.

A previsão constante no art. 85, § 19 do CPC reforça, ainda, a diferença entre defensor público e advogado (público, neste caso), que são figuras distintas, com regimes jurídicos distintos, a exemplo do regramento concernente à percepção de honorários.

Com relação à condenação em verbas sucumbenciais no processo coletivo ver tópico sobre "condenação em verbas de sucumbência no processo coletivo", nesta obra, onde o tema é especificamente abordado.

4.32 COMENTÁRIO AO ARTIGO 85, PARÁGRAFO 3º, DO CPC (CONDENAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS EM FAVOR DA DEFENSORIA PÚBLICA. NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DO ENUNCIADO 421 DA SÚMULA DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ)

A Defensoria Pública configura-se como instituição *autônoma*, conforme restou estabelecido no artigo 134 da Constituição Federal. Assim é que, nada obstante não seja um Poder (os quais, adotando a clássica divisão tripartite, são identificados pela Constituição Federal no Legislativo, Executivo e Judiciário), a Defensora Pública passou a ser dotada de autonomia funcional, administrativa e, para tanto, de *orçamento próprio*, podendo, inclusive, encaminhar sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, por força de disposição constitucional.

O perfil constitucional da instituição deixa isento de dúvida, especialmente após a emenda constitucional de número 80 de 2014, que a atividade "defensorial" é única, possuindo características próprias, o que a distingue, inclusive, da advocacia (pública e privada), tratando-se de *regime jurídico distinto*.

Cronologicamente, a autonomia foi conferida, pelo texto constitucional, primeiramente para às Defensorias Públicas estaduais, por meio da EC 45/2004. A distorção foi corrigida pelas Emendas 69 e 74, que explicitaram no texto constitucional que a autonomia se estende à Defensoria do Distrito Federal e à Defensoria Pública da União.

A não inclusão da instituição na estrutura dos três poderes estatais visa acima de tudo conferir a autonomia necessária para que possa desempenhar de modo adequado o seu papel. "A ordem constitucional brasileira convive, sem problemas, com instituições independentes situadas fora dos três poderes estatais tradicionais. É assim, desde a promulgação da Carta, com o Ministério Público"[42].

O Supremo Tribunal Federal vem reafirmando a autonomia da Defensoria Pública, a exemplo do que decidiu em diversos pre-

42. SARMENTO, Daniel. *Dimensões constitucionais da Defensoria Pública da União*. Disponível em: http://www.anadef.org.br/images/Parecer_ANADEF_CERTO.pdf. Acesso em 07.09.2016.

cedentes: *v.g.* ADI nº 3965/MG, Tribunal Pleno, Relator a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 30/3/12; ADI nº 4056/MA, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 1/8/12; ADI nº 3569/PE, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 11/5/07; MS 33193 MC / DF. Decisão de 30/10/2014.

Assim, embora organicamente a Defensoria Pública (assim como o Ministério Público) esteja ligada ao Poder Executivo, é deste corpo órgão autônomo, dotado de vida própria e elevado grau de independência (funcional e administrativa). É diante deste cenário, portanto, que deve ser analisada, hodiernamente, a questão concernente ao recebimento de verbas sucumbenciais em decorrência de condenação da Fazenda Pública, em favor da Defensoria.

A Lei Complementar 80/1994 é expressa ao afirmar que "as funções institucionais da Defensoria Pública serão exercidas inclusive contra as Pessoas Jurídicas de Direito Público" (art. 4º, §2º). O artigo 85 do código de processo civil, por sua vez, deixa inequívoca a possibilidade de condenação da Fazenda Pública nas causas em que for parte. Sobre o tema, dispõe o enunciado 421 da súmula da jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, todavia, que *"os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença"*.

A redação da súmula revela desatualização. É que, conforme observamos, nada obstante organicamente a Defensoria Pública se insira no corpo do Poder Executivo, é deste (corpo) órgão autônomo.

Nesse contexto importa observar que as verbas sucumbenciais, que encontram fundamento no *art. 4º, XXI, da Lei Complementar 80/94,* fazem parte do reforço orçamentário necessário à saúde financeira da Defensoria Pública, *função essencial à Justiça*. Citado dispositivo é taxativo ao dispor que as verbas sucumbências são devidas *por quaisquer entes públicos,* conforme se observa de sua redação, conferida pela Lei Complementar n. 132/09. Assim, com o advento desta lei, "os honorários de sucumbência são devidos à Defensoria Pública, e não à pessoa jurídica de direito público a qual ela pertence (União, Distrito Federal e Estados), como antes acontecia", como anota Frederico Rodrigues Viana de Lima, con-

cluindo que "apesar de não ostentar personalidade jurídica, a Defensoria ocupa posição de credora na relação jurídica"[43].

Interessante notar que o enunciado nº 421 da súmula do STJ reflete entendimento jurisprudencial anterior ao advento da Lei Complementar nº 132/09, que entrou em vigor em 7 de outubro de 2009. Apesar de ter sido editada e publicada em 2010, a súmula tem seu fundamento baseado em precedentes anteriores à novel legislação[44].

Diante da edição do enunciado diversas decisões judiciais passaram a adotar o entendimento sumulado, o que ocorre até o presente, sem atentar, todavia, para a alteração no cenário normativo que se concretizou com a Lei Complementar 132 e com a emendas constitucionais 74 de 2013 (que consolidou a autonomia institucional) e 80 de 2014.

Demais disso, embora o STJ tenha se utilizado do artigo 381 do Código Civil - que trata do instituto da confusão – para fundamentar a edição da súmula nº 421, tal fundamento também não encontra sustentação, pois *(a)* a Lei Complementar nº 132/09 é norma específica, devendo prevalecer sobre o código, que tem caráter geral. Além do mais, referido código é voltado à regulação de relações jurídicas de ordem eminentemente privada; *(b)* não há que se falar em confusão para órgão dotado de autonomia, o qual possui, inclusive, orçamento próprio. A credora das verbas sucumbenciais não é a Fazenda Pública, mas sim a própria Defensoria, órgão autônomo e *responsável por gerir os fundos* mencionados no artigo 4º, XXI da LC 80/94, destinados, exclusivamente, ao apare-

---

43. DE LIMA, Frederico Rodrigues Viana. *Defensoria pública*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 441.
44. Confira-se, a propósito, as referências legislativas e os precedentes utilizados para edição do enunciado:
RESP 1108013 RJ 2008/0277950-6, DECISÃO: *03/06/2009*, DJE DATA: 22/06/2009. AGRESP 1084534 MG 2008/0192684-2, DECISÃO: *18/12/2008*, DJE DATA: 12/02/2009. AGRESP 1054873 RS 2008/0098961-8, DECISÃO: *11/11/2008*, DJE DATA: 15/12/2008. RESP 740568 RS 2005/0057809-5, DECISÃO: *16/10/2008*, DJE DATA: 10/11/2008. AGRESP 1028463 RJ 2008/0018694-0, DECISÃO: *25/09/2008*, DJE DATA: 13/10/2008. RESP 1052920 MS 2008/0091556-2, DECISÃO: *17/06/2008*, DJE DATA: 26/06/2008. AGRESP 755631 MG 2005/0090151-2, DECISÃO: *10/06/2008*, DJE DATA: 25/06/2008. AGRESP 1039387 MG 2008/0054778-0, DECISÃO: *03/06/2008*, DJE DATA: 23/06/2008. RESP 852459 RJ 2006/0137180-5, DECISÃO: *11/12/2007*, DJE DATA: 03/03/2008. ERESP 566551 RS 2004/0051572-7, DECISÃO: *10/11/2004*, DJE DATA: 17/12/2004.

lhamento do órgão e à capacitação profissional de seus membros e servidores. É sempre de bom alvitre destacar que o defensor público não recebe, nem mesmo percentualmente, qualquer valor a título de condenação em verbas sucumbenciais, equívoco bastante comum no meio forense.

Tendo o surgimento do enunciado nº 421 da súmula do STJ ocorrido com base em precedentes judiciais anteriores à entrada em vigor da Lei Complementar nº 132/09 e em cenário normativo completamente diverso do hoje existente - novo perfil constitucional da Defensoria Pública -, mostra-se necessário, em face do *novo contexto fático-jurídico* surgido, revisar o tema, através do denominado *overruling* dos precedentes. "*Overruling* é a técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente"[45]. Ou seja, trata-se da superação do precedente por entende-lo equivocado ou ultrapassado. Assim, verifica-se a necessidade de revisão do entendimento jurisprudencial acerca do cabimento dos honorários sucumbenciais em favor da Defensoria Pública, mesmo quando devidos pelo mesmo ente público ao qual pertencente organicamente a instituição, considerando que o arcabouço jurídico no qual se baseava restou alterado.

Neste sentido, a decisão tomada na Ação Rescisória 1937/DF (Supremo Tribunal Federal, Plenário) em 30.6.2017, condenou a União ao pagamento de honorários em favor da Defensoria Pública da União, entendendo pela viabilidade da condenação em honorários em face do mesmo ente público, após as Emendas Constitucionais 45/2004, 74/2013 e 80/2014, que geraram mudança da legislação correlata à instituição, especialmente diante de sua autonomia funcional, administrativa e orçamentária. Tratando-se de decisão do Pleno, não é afoito concluir que esta é a atual posição do Supremo Tribunal Federal, em revisão ao tema e superando o entendimento da súmula 421 do Superior Tribunal de Justiça.

45. DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 2v. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 494.

4.33 COMENTÁRIO AO ARTIGO 85 DO CPC (FUNÇÕES TÍPICAS E ATÍPICAS DA DEFENSORIA PÚBLICA. HONORÁRIOS E CONDENAÇÃO SUCUMBENCIAL PELO EXERCÍCIO DE FUNÇÕES TRADICIONALMENTE ATÍPICAS, COMO A CURADORIA ESPECIAL)

Tradicionalmente, a doutrina costuma dividir as funções da Defensoria Pública em típicas e atípicas. Tal classificação decorre da interpretação literal do termo "necessitados", inspirada na redação original do artigo 134 da Constituição Federal de 1988, entendendo-se que tal expressão (necessitados), conjugada com a "insuficiência de recursos" constante no artigo 5º, LXXIV da Carta, resume-se a quem não possui condições financeiras de arcar com o pagamento das custas de uma defesa técnica.

Assim, entende-se como *funções típicas* aquelas relacionadas à tutela dos direitos de hipossuficientes (necessitados econômicos), ou seja, a prestação de assistência jurídica gratuita às pessoas desprovidas de recursos financeiros, por derivar diretamente do texto do artigo 134. Por outro lado, *atípicas* seriam as funções que não estivessem relacionadas com a condição econômica do indivíduo, sendo irrelevante este fator.

Mesmo sob a égide da redação original do artigo 134 a realidade social já demonstrava que a "*necessidade*" nem sempre está relacionada à incapacidade econômica, tema que voltarei a abordar ao longo desta obra. Daí o surgimento da classificação das funções do órgão em típicas e atípicas, tendo em conta a necessidade de explicar situações nas quais a própria legislação ordinária atribuía o dever de atuação institucional mesmo que ausente a hipossuficiência financeira, como no caso da defesa criminal do réu sem advogado ou, na área cível, da curadoria especial.

Neste aspecto, o Supremo Tribunal Federal, mesmo antes de regulamentada a Defensoria Pública (LC 80/1994), das reformas do CPP fortalecendo o direito de defesa e do advento da legitimação da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação civil pública, bem como da Lei Complementar 132/09, que dotou a Defensoria Pública de novos instrumentos de atuação, já houvera se pronunciado sobre a possibilidade de atribuições diversas à Defensoria Pública, além da tradicional atuação típica já conhecida:

> A Constituição Federal impõe, sim, que os Estados prestem assistência judiciária aos necessitados. Daí decorre a atribuição mínima compulsória da Defensoria Pública. Não, porém, o impedimento a que os seus serviços se estendam ao patrocínio de outras iniciativas processuais em que se vislumbre interesse social que justifique esse subsídio estatal (ADI 558 MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 16/08/1991).

Com o advento da Emenda Constitucional 80/2014, que alterou o artigo 134 da Constituição Federal, o qual passou expressamente a prever no texto constitucional a promoção de direitos humanos, a tutela coletiva de direitos e a expressão do regime democrático, propôs-se uma classificação moderna, no sentido de considerar *modernamente típicas* as funções que derivarem diretamente do artigo 134. Já as demais, advindas da legislação ordinária, que não mantenham relação direta com a atuação prevista no artigo constitucional - a exemplo da curadoria especial - serão *modernamente atípicas*.

Forçoso concluir, todavia, que *a tradicional classificação das funções institucionais em típicas e atípicas tornou-se insuficiente* com desenvolvimento da instituição e a superação do modelo individualista, especialmente em face do advento da EC 80/2014, assim como das modificações introduzidas pela legislação infraconstitucional, como a Lei 11.448/07 - que reconheceu expressamente a legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ação civil pública -; a Lei Complementar 132/2009 - que modificou a Lei Orgânica da Defensoria Pública - LC 80/1994 -; e o próprio Código de Processo Civil de 2015.

Diante disso, surgiu uma nova classificação, colocando, de um lado, as *atribuições* tradicionais ou *tendencialmente individualistas*, ligadas à função tradicional mínima da Defensoria Pública, ou seja, à defesa de indivíduos economicamente carentes econômicos e, de outro, as *atribuições tendencialmente solidaristas*, associadas às funções não tradicionais[46]. Conforme explica a doutrina:

46. SOUSA, José Augusto Garcia de. *O destino de Gaia e as funções constitucionais da Defensoria Pública: ainda faz sentido – sobretudo após a edição da Lei Complementar n. 132/09 – a visão individualista a respeito da instituição?* In: SOUSA, José Augusto Garcia de (org). Uma nova Defensoria Pública pede passagem: reflexões sobre a Lei Complementar n. 132/90.1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

> Por essa razão, o brilhante professor JOSÉ AUGUSTO GARCIA propõe uma nova classificação das funções institucionais da Defensoria Pública, dividindo-as em "funções tradicionais" (ou "tendencialmente individualistas") e "funções não tradicionais" (ou "tendencialmente solidaristas"). No primeiro grupo estariam inseridas as funções institucionais ligadas à atividade básica (ou mínima) da Defensoria Pública, classicamente associadas à carência econômica do indivíduo. No segundo grupo, por sua vez, estariam contidas as funções institucionais consideradas não tradicionais, que decorrem do solidarismo jurídico, dentre as quais se destacam as atribuições que tencionam a proteção concomitante de pessoas carentes e não carentes (ex.: ação civil pública relativa a direitos difusos), as atribuições que repercutem em favor de pessoas carentes e também beneficiam de forma nominal pessoas não necessariamente hipossuficientes (ex.: representação judicial de um casal abastado que visa à adoção de uma criança internada), as atribuições direcionadas a sujeitos possuidores de carências não econômicas e protegidos especialmente pela ordem jurídica (ex.: portadores de deficiência) e as atribuições que objetivam a proteção de valores relevantes do ordenamento jurídico (ex.: defesa do réu sem advogado na área criminal e atuação da curadoria especial na esfera cível)[47].

Certo é que existem diversas funções institucionais nas quais a Defensoria Pública atua sem atentar para a existência de necessidade econômica, como é o caso do exercício da *curadoria especial*, que decorre de uma *vulnerabilidade processual* ou *circunstancial*, tendo em conta que a parte se encontra indefesa. Nestas situações, seria possível o recebimento de honorários?

Antes de tudo, necessário se faz observar que tal questionamento envolve duas situações diversas. A primeira diz respeito ao direito à *fixação de honorários* a serem pagos pela parte defendida, *em razão (simplesmente) do desempenho de uma "função atípica", quando aquela não for hipossuficiente* (ou seja, tenha condições financeiras de contratar um advogado para patrocinar sua defesa, mas, por algum motivo, seja defendida pela Defensoria Pública). É o caso, por exemplo, do réu revel, que, citado pessoalmente, não constitui advogado, mesmo possuindo condição econômica para

47. ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. Princípios institucionais da Defensoria Pública. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 364).

isso, sendo os autos remetidos à Defensoria Pública para o exercício da curadoria especial, nos termos do artigo 72 do CPC/2015. A segunda diz respeito à *condenação da parte vencida em honorários de sucumbência* em processo cuja atuação da Defensoria Pública se deu no desempenho de "função atípica".

A primeira situação (fixação de honorários a serem pagos pela parte defendida, em razão do desempenho de uma função atípica, quando aquela não for hipossuficiente) é motivo de intenso debate, tanto no campo cível quanto, ainda mais intensamente, na seara penal (defesa de réu não hipossuficiente em processo penal). Por este motivo, começaremos a análise pela segunda (*condenação em honorários de sucumbência*).

A segunda categoria diz respeito à *condenação em honorários de sucumbência* em processo cuja atuação da Defensoria Pública se deu no desempenho de função atípica (como no caso do exercício da curadoria especial). Já vimos que caso a parte defendida reste vencedora, haverá direito ao recebimento de honorários sucumbenciais (CPC. Art. 85 c/c LC 80/94. Art. 4º, XXI), com base nos princípios da causalidade e isonomia. O valor deve ser calculado levando-se em conta os parâmetros previstos no parágrafo 2º do artigo 85 do código de processo, ou seja, serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidas a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo curador e o tempo exigido para o seu serviço, sendo revertido a fundo voltado ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores (LC/80. Art. 4º, XXI). Não há maior relevância na divisão em funções tradicionalmente típicas e atípicas neste caso, aplicando-se a regra da condenação ao sucumbente.

Já no tocante ao direito à fixação de *honorários a serem pagos em razão tão somente do exercício de função tradicionalmente atípica* (como no caso de atuação em curadoria), a legislação que rege a Defensoria Pública é omissa, o que gera amplo debate e posições divergentes entre os próprios membros e ramos da instituição.

Já se entendeu que, nestes casos, se deveria seguir o regime dos honorários do perito, devendo, desta forma, o autor antecipá-los e cobrar do réu, posteriormente, se procedente a ação[48]. Assim, caberia ao juiz arbitrar o valor da verba e determinar ao autor seu recolhimento antecipado, havendo, ao final do processo, condenação ao ressarcimento das verbas que foram antecipadas, a serem pagas pelo vencido ao vencedor (CPC. Art. 82, parágrafos 1º e 2º).

A ideia esbarrou, todavia, no próprio regime jurídico institucional. Diferentemente dos peritos (particulares), que recebem pela atuação específica, os defensores públicos são remunerados mediante parcela fixa (subsídio) pelo Estado, através das despesas correntes da administração da justiça. Além disso, é vedado ao defensor público o recebimento honorários, percentagens ou custas processuais, em razão de suas atribuições (LC 80/94. Art. 46). Por este motivo, o Superior Tribunal de Justiça passou a negar à curadoria especial o direito ao recebimento de honorários nesta segunda hipótese (honorários a serem fixados em razão do desempenho da função de curadoria). A ementa do Recurso Especial 1.201.674/SP (Corte Especial. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em 06.06.2012) resume o posicionamento da Corte: "Destarte, o defensor público não faz jus ao recebimento de honorários pelo exercício da curadoria especial, por estar no exercício das suas funções institucionais, para o que já é remunerado mediante o subsídio em parcela única. Todavia, caberá à Defensoria Pública, se for o caso, os honorários sucumbenciais fixados ao final da demanda".

Se poderia objetar que os honorários são devidos à instituição (Defensoria Pública) e não ao membro (Defensor Público). Assim, os valores antecipados pelo autor seriam destinados, desde logo, ao fundo de aparelhamento institucional, sendo que, caso saísse vencedora ao final, a parte que realizou a antecipação seria ressarcida pelo vencido, seguindo a regra do artigo 82, §2º do CPC. A Defensoria Pública, todavia, também é dotada de orçamento próprio que – ao menos em tese – cobre as despesas relacionados ao cumprimento de suas funções institucionais, sejam elas classificadas como tradicionalmente típicas ou atípicas, dentre elas o exercício

48. Neste sentido: STJ. Terceira Turma. Resp 142.624/SP. Rel. Min Ari Pagendler. Julgado em 19.04.2001.

da curadoria. Assim, da mesma forma que o defensor público, não haveria razão para ser a instituição ser remunerada igualmente ao perito particular. Demais disso, como já vimos anteriormente, não faz mais sentido a divisão tradicional entre funções típicas e atípicas. Mesmo no caso da curadoria especial verifica-se a *necessidade* (a presença de necessitado), em razão de uma vulnerabilidade processual (já que a parte se encontra indefesa) ou circunstancial, sendo este um dos motivos – a meu ver – da redação do parágrafo único do artigo 72 do CPC de 2015, que conferiu a função da curadoria especial à Defensoria Pública.

Não se nega, todavia, que existem situações nas quais a impossibilidade de fixação de honorários tem o condão de contribuir para desvirtuar as funções do órgão, quando a parte, deliberadamente, mesmo tendo condições, deixa de constituir advogado e torna-se revel na certeza de que sua defesa será feita, gratuitamente, por um defensor público, ocasionando ainda maior aumento do volume de processos que chegam à instituição, podendo, inclusive, comprometer a atuação em outros casos, onde a presença do defensor público seja insubstituível. Nestes casos específicos, *de lege ferenda*, mostra-se interessante a fixação de honorários a serem pagos, diretamente, pela parte *não necessitada* que se beneficiou, ao final do processo, com vistas a ressarcir, ao menos parcialmente, as despesas realizadas pela Defensoria Pública no exercício de sua defesa, inclusive como forma de evitar o enriquecimento indevido de quem se *colocou deliberadamente na condição de necessitado* com vistas unicamente a não arcar com as despesas da contratação de advogado, se utilizando propositadamente dos serviços do órgão. Aliás, caso não haja fixação de honorários no próprio processo no qual atuou, nada obsta o ajuizamento de nova demanda com pedido de arbitramento, pela instituição. É o caso, por exemplo, do réu revel, que, citado pessoalmente, não constitui advogado, mesmo possuindo condição econômica para isso, ciente de que os autos serão remetidos à Defensoria Pública para o exercício da curadoria especial, nos termos do artigo 72 do CPC/2015. Situação diversa é aquela do incapaz (evidentemente vulnerável), dos ausentes (Art. 72, I e II), e, no campo penal, do acusado foragido ou que, preso, encontra dificuldades para o exercício de sua defesa, ou seja, das partes que evidentemente não possuem condições de eleger sua defesa.

Em sentido similar ao aqui exposto, Diogo Esteves e Franklyn Roger entendem que a cobrança deve incidir apenas quando restar caracterizada a possibilidade de escolha de um profissional (leia-se, advogado) para a defesa. Demais disso, se a instituição exerce sua atribuição em razão de um valor jurídico relevante, ligado à missão institucional do órgão, prevista no artigo 134 da CF, a exemplo da tutela de segmentos vulneráveis, estará afastada a exigência de honorários. De outro lado, quando a atuação se justifique preponderantemente na situação individual da pessoa, a instituição fará jus aos honorários. Em suma, os autores entendem haver espaço para a exigência de honorários pela atuação da Defensoria Pública no desempenho de uma função solidarista (classicamente atípica)[49].

4.34 COMENTÁRIO AO ARTIGO 85 DO CPC (EXECUÇÃO DOS HONORÁRIOS DEVIDOS À DEFENSORIA PÚBLICA)

O artigo 4º, XXI da LC 80/1994 dispõe ser função institucional da Defensoria Pública *executar* e receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos, destinando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores.

Apesar de o dispositivo mencionar expressamente "as verbas sucumbenciais", a norma serve de caráter diretivo tanto aos honorários sucumbenciais quanto aqueles devidos pelo específico desempenho de uma função institucional ligada à tradicionalmente atuação atípica ou solidarista (tendo a distinção entre essas categorias sido objeto de nossa avalição linhas atrás). Em qualquer caso, trata-se de crédito advindo dos honorários devidos em decorrência da atuação da Defensoria Pública, arbitrado judicialmente, motivo pelo qual constitui título executivo judicial, tendo como via adequada para sua cobrança o *comprimento de sentença*, cuja regulação encontra-se no artigo 513 e seguintes do CPC/2015.

49. ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 468-469.

Seja qual for a natureza dos honorários (sucumbenciais ou não), cabível será embargos de declaração quando a sentença for omissa neste ponto, considerando que no pedido principal compreendem-se os juros legais, a correção monetária e as verbas de sucumbência (CPC. Art. 322, § 1º). Caso não haja fixação de honorários no próprio processo na qual atuou, mostra-se possível o ajuizamento de nova demanda com pedido de arbitramento, pela instituição (CPC. Art. 85, §18), inclusive com relação especificamente à atuação específica da Defensoria Pública (ligada ao exercício de função tradicionalmente atípica – *v. g.* atuação no processo penal em defesa de réu não hipossuficiente que, deliberadamente deixa de apresentar defesa para que os autos sejam remetidos ao órgão). Com a redação do parágrafo 18 do artigo 85 do CPC restou superada a súmula 453 do STJ, cuja redação é a seguinte: Os honorários sucumbenciais, quando omitidos em decisão transitada em julgado, não podem ser cobrados em execução ou em ação própria.

Como vimos anteriormente, o fundamento teórico apontava no sentido de que os honorários eram uma forma de ressarcimento da parte vencedora, sendo destinados, em regra, à parte, e não ao advogado, conforme expunha o artigo 20 do código de processo civil brasileiro de 1973, onde se lia que "a sentença condenará o vencido a *pagar ao vencedor* as despesas que antecipou e os honorários advocatícios". O mesmo se verificava no artigo 63 da CPC de 1939. Assim, em sua ideia original, se o vencedor teve que pagar seu advogado para representa-lo em juízo, deveria recuperar, ao menos em parte, o que desembolsou, mediante a condenação da parte vencida. Essa não foi, todavia, a ideia que se consolidou, prevalecendo que os honorários da sucumbência pertencem ao advogado e não à parte, entendimento solidificado pelo código processual e constante no artigo 23 do Estatuto da Advocacia.

Essa mudança de perspectiva acarretou no reconhecimento ao advogado da capacidade de proceder à execução das verbas honorárias sucumbenciais em nome próprio. Assim, os honorários de sucumbência são verba que pertencem ao profissional, podendo ser executados tanto pela parte (vencedora), quando por seu advogado, de forma autônoma, podendo ser reclamado nos mesmos autos em que fixados. Trata-se de legitimidade concorrente para a

execução[50], não havendo dúvidas, porém, que a verba pertence ao advogado. O entendimento restou sumulado através do enunciado 306 do STJ: "Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, *assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte*". No mesmo sentido é a redação dos artigos 23 e 24 da Lei 8.906/1994 (EOAB).

Em razão disso, discute-se a existência de legitimidade concorrente para a promoção da execução dos honorários sucumbenciais devidos à Defensoria Pública, nos mesmos parâmetros consolidados em relação aos advogados, ou seja, de forma concorrente entre o necessitado vencedor na causa e a própria Defensoria Pública, nada obstante a verba pertença a esta última.

Vale observar, todavia, que o entendimento do STJ – firmado para os advogados – firma bases nos artigos 23 e 24 da lei 8.906/1994 (Estatuto da OAB), não sendo aplicável à Defensoria Pública, seja em razão de que há diferenças na relação entre o advogado e o cliente e o defensor público e o assistido (não se trata de contratação, como no caso do profissional liberal, mas de múnus público, dotado de caráter impessoal), seja em razão de que, nos termos da Constituição Federal, a instituição deve ser organizada por Lei Complementar (Art. 134, §1º)[51].

Assim, a competência para executar as verbas é da Defensoria Pública, entendimento ao qual me filio, pelas razões acima expostas. Tecnicamente, portanto, deve constar na petição que inaugura o cumprimento de sentença, a Defensoria Pública como parte no polo ativo. Aliás, não deve figurar como exequente nem o necessitado, nem o órgão de atuação (o Defensor Público), mas a própria Defensoria Pública, na medida em que o membro presenta o órgão em juízo, sendo parte do corpo orgânico total, que é a instituição. Em uma comparação com a corpo humano, quando a boca fala, não é propriamente este órgão que está falando, mas a pessoa ao qual pertence. O órgão de atuação age em nome do todo, a ins-

---

50. Neste sentido: STJ. REsp 1613672 / RJ. Terceira Turma. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. DJe 23/02/2017; STJ. REsp 1.169.967/RS. Segunda Turma. Rel. Min. Mauro Campbell. Julgado 19.08.2010.

51. Neste sentido: ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 473.

tituição. Assim, apesar de constar a identificação do membro ao final da peça, a parte será a instituição Defensoria Pública. Quanto a isto, vale ainda lembrar ser vedada a percepção de honorários pelo defensor público, nos termos da LC 80/1994.

A previsão contida no artigo 4º, XXI, da LC 80/94, função institucional, impõe ao defensor público o dever de proceder à execução da verba. Apenas em situações peculiares, como no caso de os honorários serem de valor irrisórios, poderia se deixar de promover a execução, considerando que, nestes casos, por uma questão de economicidade, o gasto a ser dispendido pela Defensoria Pública (e pelo Poder Público, em geral, com o funcionamento do sistema de justiça) seria menor que o ganho a ser obtido.

4.35 COMENTÁRIO AO ARTIGO 85 DO CPC (HONORÁRIOS E BENEFICIÁRIO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA)

O artigo 82 do Código de Processo Civil informa que a sentença condenará o vencido a pagar: *(1) ao vencedor*, as *despesas* que antecipou; *(2) honorários, ao advogado* do vencedor. Por sua vez, excepcionando a regra, o artigo 98 do CPC isenta do pagamento de despesas e honorários a parte tiver direito à gratuidade da justiça.

A gratuidade de justiça (também denominada justiça gratuita) não se confunde com a assistência jurídica gratuita. Esta última se reporta à prestação de serviços jurídicos (atendimento, orientações e atuação em processos judiciais ou administrativos), enquanto a primeira (gratuidade da justiça) se refere à isenção de custas e honorários processuais. Sendo assim, pode alguém ter deferida a gratuidade da justiça, mas não a assistência jurídica gratuita perante a Defensoria Pública, e vice-versa. Tanto é assim que a defesa do requerente por advogado particular, mediante remuneração, não impede a concessão de gratuidade da justiça (Art. 99, § 4º do CPC).

Importa notar que sendo o *beneficiário da gratuidade da justiça vencido na causa* será, ainda assim, condenado ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios. Todavia, os valores somente poderão ser cobrados caso reste demonstrado, no prazo de cinco anos, contados do trânsito em julgado, que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade (CPC. Art. 98, §§ 2º e 3º), permanecendo tais valores sob condição suspensiva de exigibilidade.

Saindo o *beneficiário da justiça gratuita vencedor na demanda*, será a parte contrária condenada ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios. Não sendo a parte contrária (vencida) também favorecida pela gratuidade da justiça, os valores poderão ser executados normalmente. Nesta situação, porém, existem especificidades. É que, neste caso, não houve antecipação de despesas pela parte vencedora, em razão de estar isenta por ser considerada hipossuficiente, motivo pelo qual lhe foi deferido o benefício da gratuidade. Dessa forma, as *despesas processuais* devidas pelo vencido deverão ser *recolhidas favor do poder público*, que suportou os custos do processo, face a impossibilidade de a parte vencedora fazê-lo.

Além disso, a parte vencida, não beneficiária da gratuidade, terá que pagar os honorários de sucumbência, já que, como vimos, estes não têm o objetivo de ressarcimento da parte vencedora com a contratação de advogado, mas de remunerar o trabalho desempenhado por sua defesa, raciocínio aplicável também quando a parte vencedora for, além de beneficiária da justiça gratuita, assistida pela Defensoria Pública, o que é comum ocorrer. Neste sentido, a súmula 450 do STF dispõe que "são devidos honorários de advogado sempre que vencedor o beneficiário de justiça gratuita".

4.36 COMENTÁRIO AO ARTIGO 85 DO CPC (MAJORAÇÃO DE CONDENAÇÃO SUCUMBENCIAL EM SEDE RECURSAL)

O parágrafo 11 do artigo 85 do CPC *possibilita a majoração dos honorários fixados anteriormente* levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal. Nos termos do dispositivo "o tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6o, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento".

A regra tem o condão de, além de revisar o valor da condenação em razão do trabalho adicional que teve que ser desenvolvido pelo profissional por força do recurso da parte, desestimular a utilização dos recursos aos tribunais.

O primeiro propósito restará comprometido, contudo, caso a verba já tenha sido fixada em patamar máximo no primeiro grau (20%), seguindo os parâmetros de fixação constantes nos parágra-

fos 2º e 3º do artigo 85, tendo em vista que o próprio parágrafo 11º veda ao tribunal ir além deste limite.

Com relação ao desestímulo ao exacerbado uso de recursos, interessante é o entendimento no sentido de ser cabível a fixação de honorários em razão de embargos de declaração ajuizados em face de decisão do tribunal, como forma de dissuadir manobras protelatórias. Neste sentido:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO COLETIVA. EXECUÇÃO PROPORCIONAL DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS ORIUNDOS DE SENTENÇA PROFERIDA EM PROCESSO COLETIVO. POSSIBILIDADE. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. ERRO MATERIAL. INOCORRÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APLICAÇÃO DE NOVA SUCUMBÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESPROVIDOS.
> A C Ó R D Ã O
> Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, em negar **provimento aos embargos de declaração e, por maioria de votos, em condenar a parte sucumbente ao pagamento de honorários advocatícios**, nos termos do voto do Relator, vencido, nesse ponto, o Senhor Ministro Marco Aurélio" (RE 929925 AgR-ED/RS, rel. Min. Luiz Fux, 7.6.2016)[52].

Considerando a mesma razão, ou seja, o objetivo de dissuadir manobras protelatórias, assim como o trabalho adicional da defesa da parte vencedora, é possível defender o cabimento da condenação também em embargos ajuizados em primeira instância,

52. A decisão foi noticiada no informativo 829 do STF: "Embargos de declaração e condenação em honorários advocatícios. Após 18 de março de 2016, data do início da vigência do Novo Código de Processo Civil, é possível condenar a parte sucumbente em honorários advocatícios na hipótese de o recurso de embargos de declaração não atender os requisitos previstos no art. 1.022 do referido diploma e tampouco se enquadrar em situações excepcionais que autorizem a concessão de efeitos infringentes. Com base nessa orientação, a Primeira Turma desproveu os embargos de declaração e, por maioria, condenou a parte sucumbente ao pagamento de honorários. Afirmou que a razão de ser da sucumbência recursal seria dissuadir manobras protelatórias" - RE 929925 AgR-ED/RS, rel. Min. Luiz Fux, 7.6.2016. (RE-929925).

além da multa do artigo 1.026, §2º do CPC, prevista para aqueles manifestamente protelatórios, nada obstante não exista previsão expressa para tanto. O tema, todavia, é incipiente, e deverá ser definido pela jurisprudência.

> Art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.

4.37 COMENTÁRIO AO ARTIGO 506 DO CPC (COISA JULGADA *SECUNDUM EVENTUM LITIS* NO PROCESSO INDIVIDUAL)

Tradicionalmente, a coisa julgada, nos processos individuais, se operava independentemente do resultado, bastando que houvesse resolução do mérito. Assim, não importava se a decisão foi a favor ou contra a parte (*pro et contra).*

Com o advento do artigo 506 do CPC de 2015 passou-se a sustentar que o estudo da coisa julgada *secundum eventum litis*, aplicável ao processo coletivo, passou a ser também uma realidade no processo individual, considerando que a redação do dispositivo menciona que a sentença *não prejudicará* terceiros, dando a entender que o Código passou a adotar esta espécie de coisa julgada (*secundum eventum litis*). Assim, a regra *pro et contra* continuaria aplicável às partes, mas com relação aos terceiros seria aplicável a coisa julgada *secundum eventum litis in utilibus,* de forma que somente a decisão favorável seria capaz de vinculá-los à coisa julgada[53].

Didier, Paula Sarno e Rafael Alexandria advertem ser "preciso evitar uma confusão comum":

> Às vezes, a coisa julgada é *pro et contra*, mas sua extensão a terceiros dá-se *secundum eventum litis.* É o que acontece na coisa julgada em ação proposta por credor solidário: é *pro et contra*, mas somente se estende aos demais credores se favorável (art. 274 do Código Civil). É também o que acontece na coisa julgada coletiva: é *pro et contra*, mas somente se estende ao plano individual se favorável ao indivíduo (art. 103, Código de Defensa do Consumidor)[54].

53. Neste sentido: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo*. 3º ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 910.
54. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. 2v. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 520.

A coisa julgada *secundum eventum litis* será abordada nesta obra, com mais especificidade, em tópico específico sobre a coisa julgada no processo coletivo.

4.38 ARTIGOS 78, 91, 93, 95, 144, 156, 220, 233, 341, 360, 425, 454, 748, 720, 876, 947, 968 DO CPC (OUTROS DISPOSITIVOS DO CPC QUE TRATAM DA DEFENSORIA PÚBLICA. ÔNUS DA IMPUGNAÇÃO ESPECIFICADA DOS FATOS. INSTRUMENTO DE TRANSAÇÃO REFERENDADO PELA DEFENSORIA PÚBLICA. JUNTADA DE CÓPIA DE DOCUMENTOS. EMPREGO DE EXPRESSÕES OFENSIVAS. DESPESAS DOS ATOS PROCESSUAIS PRATICADOS A REQUERIMENTO DA DEFENSORIA PÚBLICA OU POR BENEFICIÁRIO DE GRATUIDADE DA JUSTIÇA. RECESSO JUDICIÁRIO. REPRESENTAÇÃO CONTRA O JUIZ OU O SERVENTUÁRIO QUE INJUSTIFICADAMENTE EXCEDER OS PRAZOS PREVISTOS EM LEI. DEVER DE SER TRATADO COM URBANIDADE. IMPEDIMENTO DO JUIZ. ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA. INQUIRIÇÃO DO DEFENSOR PÚBLICO-GERAL. DISPENSA DE CAUÇÃO NA AÇÃO RESCISÓRIA)

> Art. 341. Parágrafo único. O ônus da impugnação especificada dos fatos não se aplica ao defensor público, ao advogado dativo e ao curador especial.
>
> Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais:
>
> IV - o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal;
>
> Art. 425. Fazem a mesma prova que os originais:
>
> VI - as reproduções digitalizadas de qualquer documento público ou particular, quando juntadas aos autos pelos órgãos da justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pela Defensoria Pública e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas repartições públicas em geral e por advogados, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração.

§ 1º Os originais dos documentos digitalizados mencionados no inciso VI deverão ser preservados pelo seu detentor até o final do prazo para propositura de ação rescisória.

Art. 78. É vedado às partes, a seus procuradores, aos juízes, aos membros do Ministério Público e da Defensoria Pública e a qualquer pessoa que participe do processo empregar expressões ofensivas nos escritos apresentados.

Art. 91. As despesas dos atos processuais praticados a requerimento da Fazenda Pública, do Ministério Público ou da Defensoria Pública serão pagas ao final pelo vencido.

§ 1º As perícias requeridas pela Fazenda Pública, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública poderão ser realizadas por entidade pública ou, havendo previsão orçamentária, ter os valores adiantados por aquele que requerer a prova.

Art. 95. § 3º Quando o pagamento da perícia for de responsabilidade de beneficiário de gratuidade da justiça, ela poderá ser:

I - custeada com recursos alocados no orçamento do ente público e realizada por servidor do Poder Judiciário ou por órgão público conveniado;

II - paga com recursos alocados no orçamento da União, do Estado ou do Distrito Federal, no caso de ser realizada por particular, hipótese em que o valor será fixado conforme tabela do tribunal respectivo ou, em caso de sua omissão, do Conselho Nacional de Justiça.

§ 5º Para fins de aplicação do § 3º, é vedada a utilização de recursos do fundo de custeio da Defensoria Pública.

Art. 93. As despesas de atos adiados ou cuja repetição for necessária ficarão a cargo da parte, do auxiliar da justiça, do órgão do Ministério Público ou da Defensoria Pública ou do juiz que, sem justo motivo, houver dado causa ao adiamento ou à repetição.

Art. 156. O juiz será assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico.

§ 1º Os peritos serão nomeados entre os profissionais legalmente habilitados e os órgãos técnicos ou científicos devidamente inscritos em cadastro mantido pelo tribunal ao qual o juiz está vinculado.

§ 2º Para formação do cadastro, os tribunais devem realizar consulta pública, por meio de divulgação na rede mundial de computadores ou em jornais de grande circulação, além de consulta direta a universidades, a conselhos de classe, ao

Ministério Público, à Defensoria Pública e à Ordem dos Advogados do Brasil, para a indicação de profissionais ou de órgãos técnicos interessados.

Art. 220. Suspende-se o curso do prazo processual nos dias compreendidos entre 20 de dezembro e 20 de janeiro, inclusive.

§ 1º Ressalvadas as férias individuais e os feriados instituídos por lei, os juízes, os membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia Pública e os auxiliares da Justiça exercerão suas atribuições durante o período previsto no caput.

Art. 233. § 2º Qualquer das partes, o Ministério Público ou a Defensoria Pública poderá representar ao juiz contra o serventuário que injustificadamente exceder os prazos previstos em lei.

Art. 235. Qualquer parte, o Ministério Público ou a Defensoria Pública poderá representar ao corregedor do tribunal ou ao Conselho Nacional de Justiça contra juiz ou relator que injustificadamente exceder os prazos previstos em lei, regulamento ou regimento interno.

Art. 360. O juiz exerce o poder de polícia, incumbindo-lhe:

IV - tratar com urbanidade as partes, os advogados, os membros do Ministério Público e da Defensoria Pública e qualquer pessoa que participe do processo;

Art. 144. Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo:

III - quando nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;

§ 1º Na hipótese do inciso III, o impedimento só se verifica quando o defensor público, o advogado ou o membro do Ministério Público já integrava o processo antes do início da atividade judicante do juiz.

Art. 720. O procedimento[55] terá início por provocação do interessado, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, cabendo-lhes formular o pedido devidamente instruído com os documentos necessários e com a indicação da providência judicial.

55. Refere-se ao procedimento de jurisdição voluntária.

Art. 876. § 1º Requerida a adjudicação, o executado será intimado do pedido:

II - por carta com aviso de recebimento, quando representado pela Defensoria Pública ou quando não tiver procurador constituído nos autos;

Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

§ 1º Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar.

Art. 454. São inquiridos em sua residência ou onde exercem sua função:

V - o advogado-geral da União, o procurador-geral do Estado, o procurador-geral do Município, o defensor público-geral federal e o defensor público-geral do Estado;

Art. 968. A petição inicial[56] será elaborada com observância dos requisitos essenciais do art. 319, devendo o autor:

II - depositar a importância de cinco por cento sobre o valor da causa, que se converterá em multa caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível ou improcedente.

§ 1º Não se aplica o disposto no inciso II à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios, às suas respectivas autarquias e fundações de direito público, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e aos que tenham obtido o benefício de gratuidade da justiça.

56. Da ação rescisória.

Parte III

PROCESSO COLETIVO E A DEFENSORIA PÚBLICA

CAPÍTULO V

DA NECESSÁRIA ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL

Dispõe o artigo 4º, II da Lei Complementar 80/1994 ser função institucional da Defensoria Pública promover, prioritariamente, a *solução extrajudicial dos litígios*, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de *mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos.*

Conforme se extrai do texto legal, a solução extrajudicial deve ocorrer com prioridade. Cabe ao defensor público, portanto, diante do caso concreto, sempre buscar a composição do litígio de forma amigável, leia-se, antes de ajuizar a questão. "A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público" (conforme artigo 3º, §3º do CPC)[1].

Como informa Fernanda Tartuce:

> "Segundo Mauro Cappelletti, 'à expressão *Alternative Dispute Resolution (ADR)* costuma-se atribuir acepção estritamente técnica, relativa sobretudo aos expedientes *extrajudiciais* ou *não judiciais*, destinados a resolver conflitos. Esse, porém, não é o único sentido', devendo o operador do Direito 'ocupar-se de maneira mais geral dos expedientes – *judiciais ou não* – que têm emergido como alternativas aos tipos *ordinários* ou *tradicionais* de procedimentos', mediante a 'adoção desta perspectiva mais ampla' na análise do quadro do movimento universal de acesso à justiça" (...)

1. Sobre o tema ver "Comentário ao parágrafo 3º do artigo 3º do CPC (solução consensual dos conflitos)".

> Ante a ineficiência na prestação estatal da tutela jurisdicional, especialmente pelo perfil contencioso e pela pequena efetividade em termos de pacificação real das partes, os meios diferenciados vêm deixando de ser considerados 'alternativos' para passar a integrar a categoria de formas 'essenciais' de composição de conflitos (jurídicos ou sociológicos), funcionando como efetivos equivalentes jurisdicionais ante a substituição da decisão do juiz pela decisão conjunta das partes".[2]

O sucesso ou insucesso da mediação ou da conciliação não deve ser apurado apenas em função da celebração de acordo, como afirma o enunciado 625 do Fórum Permanente de Processualistas Civis. De toda sorte, o acordo realizado com a participação do defensor público tem natureza de título executivo extrajudicial, podendo, assim, ser executado em caso de descumprimento:

> LC 80/1994. Art. 4º. § 4º O instrumento de transação, mediação ou conciliação referendado pelo Defensor Público valerá como título executivo extrajudicial, inclusive quando celebrado com a pessoa jurídica de direito público.
>
> CPC/2015 Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais: IV – o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal.

Nada impede que haja homologação do acordo em juízo, gerando o respectivo título executivo judicial. A busca pela solução extrajudicial, todavia, visa, indubitavelmente, reduzir o volume de demandas judicias, combatendo o grande número de judicializações e ajudando a desafogar a máquina judiciária. Por isso, vemos como desnecessária e antieconômica a homologação de todos os acordos celebrados nos moldes previstos nos artigos transcritos.

A resolução extrajudicial é cabível tanto em demandas individuais quanto coletivas. Nestas últimas é importante observar que o ajuizamento de ação coletiva exige robusto acervo probatório. Sua judicialização precoce pode representar o insucesso da ação, causando prejuízo aos direitos da coletividade atingida.

2. TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 3. ed. São Paulo: Método, 2016. p. 148-149.

A participação do defensor público neste processo de composição das partes visa atenuar o desnível entre as partes, considerando que, regra geral, o defendido encontra-se em situação de vulnerabilidade frente ao poderio da parte contrária, tanto em razão do poder econômico quanto em decorrência do desnível informacional, capacidade de argumentação, habilidade de negociar etc. Neste ponto, destaca-se que qualquer pressão, direta ou indireta, para a autocomposição que revele abuso (jurídico, físico ou psicológico) viola a *autonomia da vontade*, que deve sempre ser respeitada, assim como deve haver o *consentimento informado.* No âmbito do processo coletivo, é exemplo disso casos envolvendo desastres de massa, onde é comum se verificar a opção da vítima por um acordo que permita o recebimento de indenização de forma mais rápida. Não há vedação para tais acordos. Todavia, somente são válidos se respeitas as premissas aqui indicadas (consentimento informado e preservação da autonomia da vontade), evitando-se qualquer espécie de pressão, especialmente no que se refere a pessoas e grupos mais vulneráveis.

Dentre inúmeros exemplos reais, mencionamos ação conjunta desenvolvida pelas Defensoria Pública da União e Defensoria Pública do Estado do Amazonas, a qual restou noticiada no sítio eletrônico da DPE/AM:

> Moradores da Comunidade Indígena Parque das Nações, localizada no bairro Tarumã, zona Oeste de Manaus, procuraram a Defensoria Pública do Amazonas (DPE-AM), Especializada em Interesses Coletivos, para reivindicar a falta de escola de ensino infantil na Comunidade. A DPE-AM realizou uma reunião, na tarde desta quarta-feira, 21 de janeiro, na sede da Defensoria Pública da União (DPU), para discutir em conjunto com a DPU e o Ministério Público Federal (MPF), soluções para educação de aproximadamente 100 crianças da Comunidade Indígena que estão sem estudar.[3]

A atuação resultou na resolução da questão, por meio da matrícula de todas as crianças da comunidade em escola pública

3. Disponível em http://www.defensoria.am.gov.br/index.php?q=275-conteudo-43834-acao-conjunta-entre-dpe-am-dpu-e-mpf-busca-educacao-para-criancas-de-comunidade-indigena. Acesso em 22.11.2015.

próxima, além da instalação de local e início, dentro da própria comunidade, de atividades específicas em educação indígena.

Excepcionalmente, em alguns casos, verificando a impossibilidade de resolução da questão pela via extrajudicial, o ajuizamento da demanda pode ocorrer sem a prévia tentativa de composição. É o caso de questões onde verifica-se a repetitiva negação do direito ou a urgência não permite buscar a solução extra juízo, a exemplo de casos de saúde de paciente em estado terminal que teve negado atendimento ou de benefício previdenciário indeferido de forma reiterada pela autarquia previdenciária[4].

Exemplificativamente, transcreve-se caso noticiado no *site* da Defensoria Pública da União:

> Manaus, 03/07/2014 – A Defensoria Pública da União (DPU) no Amazonas foi intimada na tarde de quarta-feira (2) de decisão que determina a Fundação Nacional do Índio (Funai) a providenciar, no prazo de 30 dias, local digno e adequado para abrigar as 12 famílias indígenas que vivem, desde 2011, em condições precárias na garagem da Funai, no Centro de Manaus. A presidência da fundação foi intimada na última terça-feira (1º).
>
> A decisão, proferida em junho passado pelo desembargador federal Souza Prudente, do Tribunal Regional da 1ª Região (TRF1), acolhe o recurso interposto pelo defensor público federal Edilson Santana Gonçalves Filho, responsável pelo caso. A DPU atua na defesa das famílias indígenas desde fevereiro de 2013.
>
> Entenda o caso
>
> Em abril de 2011, doze famílias indígenas passaram a ocupar a garagem abandonada da Funai em Manaus, na rua 24 de Maio, Centro, com autorização do coordenador regional da fundação, Odiney Rodrigues.
>
> Conforme noticiado pela imprensa local, as famílias das etnias Tikuna e Kokama foram retiradas de suas terras em Tabatinga (AM), em razão de conflitos fundiários, e trazidas para Manaus

4. Por meio do Recurso Extraordinário (RE) 631240, com repercussão geral reconhecida, o Supremo Tribunal Federal decidiu que antes de o segurado recorrer à Justiça para a concessão de benefício previdenciário junto ao INSS, deverá formular requerimento administrativo. Ressalvou, contudo, casos em que a posição do INSS seja notoriamente contrária ao direito postulado, assim como os pedidos de revisão dos benefícios, quando a exigência de requerimento prévio não se aplica.

> pela própria Funai. Os indígenas foram abrigados temporariamente na garagem da entidade federal, com a promessa de serem realocadas em melhores condições.
>
> Desde fevereiro de 2013, a Defensoria Pública da União tenta solucionar a questão administrativamente, realizando reuniões com representantes de diversas entidades, secretarias governamentais e Funai. Também foi produzido relatório pela assistente social da DPU no Amazonas, Josélia Menezes, comprovando as condições insalubres em que as famílias indígenas se encontram.
>
> Em razão da demora na apresentação de solução extrajudicial, o defensor Edilson Santana ajuizou ação civil pública perante a Justiça Federal em Manaus.
>
> Negado o pedido liminar, a DPU apresentou recurso (agravo de instrumento) ao TRF1. A decisão do tribunal visa a garantir às famílias indígenas abrigadas na garagem ambiente apropriado para fixar residência até que seja julgada a ação. Ainda cabe recurso.[5]

A busca pela solução extrajudicial não necessita aguardar a apresentação de uma demanda na Defensoria Pública. Ciente do papel do defensor público como agente de transformação social, imbuído pela educação em direitos, a Defensoria do Estado do Maranhão implementou, nos anos de 2013 e 2014, no bairro Cidade Olímpica, município de São Luís, o projeto Defensoria na Comunidade. Fruto de convênio com o Ministério da Justiça, teve como objetivo levar à comunidade conhecimento e acesso a direitos, capacitando, por meio da presença regular de um defensor público, agentes responsáveis por núcleos de mediação populares, com vistas a possibilitar a solução de pequenos conflitos pelos próprios moradores do local. A medida busca, portanto, a criação de uma cultura de autotutela regulada, como alternativa à solução de conflitos por via do Poder Judiciário.

A viabilização da composição amigável deve ser incessante, ainda que não possível em um primeiro momento. Importante é que sempre que se verifique sua viabilidade seja intentada sua consecução, no interesse do assistido, ainda que durante o curso do

---

5. Reproduzido por JusBrasil. Disponível em http://www.dpu.gov.br/legislacao/leis?id=22401:indigenas-abrigados-em-garagem-devem-ser-realocados-pela-funai&catid=79. Acesso em 22.11.2015.

processo judicial (conforme artigo 3º, §3º do CPC)[6], o que acarretará a extinção deste.

De tão importante, a previsão de atuação extrajudicial da Defensoria Pública passou a constar expressamente no texto da Constituição Federal com o advento da Emenda Constitucional 80 de 2014[7]. Diversos instrumentos podem ser utilizados com tal finalidade. O próprio inciso II do artigo 4º, acima citado, menciona a mediação, a conciliação e arbitragem, finalizando com a previsão de que poderão ser ainda utilizadas "demais técnicas de composição e administração de conflitos". Esta cláusula aberta final revela que o rol ali constante é exemplificativo.

Pode-se mencionar, a exemplo disso, o envio de ofícios, a expedição de recomendações e as audiências públicas. Podendo ser convocadas pelo Defensor Público (LC 80/1994. Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: XXII – convocar audiências públicas para discutir matérias relacionadas às suas funções institucionais) tais audiências possibilitam o debate entre os envolvidos (pessoas físicas, representantes de pessoas jurídicas e instituições públicas) acerca do problema apresentado. Não raras vezes, a composição surge ou tem início na própria audiência.

No direito comparado, é possível identificar diversas técnicas "alternativas" (ou diferenciadas) de solução de controvérsias. Merece destaque, "além das clássicas negociação, mediação e conciliação, a figura do *ombudsman*, instituição com a tarefa de pesquisar queixas e prevenir disputas, facilitando sua resolução *interna corporis*"[8].

Por suas atribuições e disciplina normativa, a Defensoria Pública tem potencial para exercer o papel de *ombudsman*, sem exclusão de outros atores que possam, igualmente, desempenhar o papel. A autonomia da entidade, dotada de estatura constitucional,

---

6. Sobre o tema ver "Comentário ao parágrafo 3º do artigo 3º do CPC (solução consensual dos conflitos)".
7. Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.
8. TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 3. ed. São Paulo: Método, 2016. p. 153.

e suas finalidades institucionais, permitem concluir que a Defensoria Pública exercer a função de *ombudsman*[9].

Para bom uso desses instrumentos é imprescindível que o Defensor Público conheça a organização administrativa de sua área de atuação (Município, Estado e/ou União), dos órgãos públicos e das entidades privadas responsáveis pela solução da questão. Deve, ainda, observar a eventual existência de cláusula de mediação extrajudicial inserida pelas partes em contratos cujo objeto admita a autocomposição, o que obriga os envolvidos a comparecer à primeira reunião de mediação, nos termos do artigo 2º, §1º da Lei 13.140/2015.

5.1 A DEFENSORIA PÚBLICA PODE EXPEDIR RECOMENDAÇÕES, FIRMAR TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA – TAC E MANEJAR O INQUÉRITO CIVIL?

Questão interessante é saber se a Defensoria Pública pode expedir recomendações. A resposta é positiva. A Defensoria detém legitimidade para atuação em demandas coletivas, conforme consta agora, inclusive, no texto constitucional (artigo 134 da CF/1988, com redação dada pela Emenda Constitucional 80 de 2014). Tal atribuição traz consigo, por consequência, a possibilidade de a Defensoria utilizar-se de todos os instrumentos possíveis, que possibilitem atingir tal mister (a exemplo da proposição de Ação Civil Pública ou da realização de Termos de Ajustamento de Conduta). É dizer: toda atribuição traz consigo os instrumentos necessários para efetivá-la.

As Recomendações são "um meio acessório de tutela dos interesses difusos e coletivos"[10]. Trata-se, conforme nos indica a própria denominação, de instrumento (escrito) não dotado de coercibilidade, voltado à realização de advertência, por meio da indicação de um problema e sugestões/indicações de providências. Através dela

9. Nesse sentido concluiu, positivamente, Daniel Sarmento. Para o estudioso, as características institucionais e a missão constitucional da Defensoria Pública permitem o seu enquadramento como *ombudsman*. SARMENTO, Daniel. *Dimensões constitucionais da defensoria pública da união*. Disponível em: http://www.anadef.org.br/images/Parecer_ANADEF_CERTO.pdf. Acesso em 01.05.2017.

10. ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Método, 2014.

o órgão se posiciona sobre determinado tema. O intuito principal é evitar a via judicial, solucionando o problema sem a necessidade de ajuizar a questão.

Inserindo-se no campo dos instrumentos voltados à tutela dos interesses coletivos (*lato sensu*), não há empecilho para que a Defensoria Pública expeça Recomendações, as quais servem, ainda, para dar concretude à previsão contida no artigo 4º, II, da LC 80 (a Defensoria tem como função essencial a solução extrajudicial dos litígios, prioritariamente), o que contribui, inclusive, para desafogar o já sufocado Poder Judiciário. Assim, a recomendação deve ser expedida preferencialmente ao manejo de medida judicial.

Com efeito, o defensor público poderá se valer da recomendação sempre que se convencer da existência, potencial ou efetiva, de violação que pode ser suficientemente sanada por meio de simples ato ou abandono das condutas que dão origem ao problema.

Antes de sua expedição, é recomendável levantar informações, inclusive por meio de requisição ao destinatário, sobre a situação jurídica da questão, a fim analisar o caso concreto.

A recomendação terá como efeito a ciência inequívoca dos fatos e da compreensão jurídica do órgão da Defensoria Pública, constituindo em mora o destinatário, que poderá ser qualquer pessoa ou autoridade que tenha poder para a adoção das medidas recomendadas ou responsabilidade pela reparação ou prevenção do dano.

O documento deverá conter, basicamente, a numeração sequencial das recomendações expedidas pelo órgão; a exposição dos argumentos fáticos e jurídicos que justificam a sua expedição, o que costuma ser feito por meio de "considerandos"; a indicação especificada, clara e objetiva das medidas recomendadas; o prazo para a adoção das medidas, que deverá ser fixado com razoabilidade, tendo como parâmetro a complexidade da medida requerida; e a advertência de que, independentemente da concordância, a recomendação dá ciência e constitui o destinatário em mora.

Expedida a recomendação, o defensor público poderá requisitar resposta por escrito sobre o atendimento ou não da recomendação, bem como instar os destinatários a respondê-la de modo fundamentado, o que pode ser feito no bojo da própria recomendação ou posteriormente ao seu envio.

Após transcorrido o prazo fixado para resposta, caso não seja atendida a recomendação ou se atendida apenas parcialmente, o órgão da Defensoria Pública adotará as medidas cabíveis à obtenção do resultado pretendido com a expedição. Assim, somente a partir deste momento deverá analisar a possibilidade de ajuizamento da questão, sem prejuízo da adoção de outras medidas.

Quanto ao Compromisso de Ajustamento de Conduta, dispõe a lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública):

> Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:
>
> II - a Defensoria Pública;
>
> § 6° Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Conforme esclarece Frederico Rodrigues Viana de Lima[11] "o compromisso de ajustamento de conduta não se caracteriza como uma transação", pois o interessado se compromete a ajustar sua conduta às prescrições legais. O ajuste, portanto, é à lei. O TAC deve configurar garantia mínima em favor dos lesados[12].

Demais a mais, como se dessume do texto legal, o ajustamento deve prever obrigação certa e determinada, assim como sanção para o caso de descumprimento (caráter cominatório).

Tudo deve ser atermado, constando em documento (termo) voltado à formalização do ajuste. Daí a designação Termo de Ajustamento de Conduta - TAC, que formará título executivo extrajudicial, sendo dispensada a homologação em juízo (salvo quando, tomando no bojo do processo judicial, se destinar a extingui-lo).

O termo do compromisso deverá conter a identificação do responsável, a descrição das obrigações assumidas, o prazo para cumprimento das obrigações, os fundamentos fáticos e jurídicos, o prazo de início de validade, assim como a previsão de multa co-

11. LIMA, Frederico Viana de. *Defensoria pública*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 243.
12. Nesse sentido: MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 438.

minatória para o caso de descumprimento, sem prejuízo de outras informações pertinentes.

As obrigações, os prazos e as condições estipuladas no compromisso deverão ser devidamente motivados pelo defensor público, considerado o caso concreto.

A aceitação da proposta não é obrigatória, podendo o compromissário apresentar contraproposta. Durante as tratativas poderão ser realizadas reuniões para tentativas de celebração do Compromisso de Ajustamento de Conduta, com a lavratura, independentemente do resultado, de ata com a lista dos presentes, que poderá servir para instruir ação caso posteriormente seja necessário o seu ajuizamento.

O compromisso (de ajustamento de conduta) será firmado com o responsável pela ameaça ou lesão, visando reparar o dano, adequar a conduta e compensar pelos danos que não possam ser recuperados.

Aceita a proposta e lavrado o termo, o defensor público acompanhará o cumprimento do Compromisso de Ajustamento de Conduta, adotando as providências legais caso seja descumprido.

No tocante ao *inquérito civil*, existe cizânia acerca da possibilidade de sua utilização pela Defensoria Pública. De um lado, argumenta-se pela impossibilidade, levando em conta a ausência de autorização expressa na legislação, tendo em conta que o artigo 8º, parágrafo 1º da Lei da Ação Civil Pública (7.347/85) menciona que "o *Ministério Público* poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil". O próprio texto constitucional (art. 129, III) traz o inquérito civil dentre as funções institucionais do MP. Além disso, enquanto as leis que regem o *Parquet* (Lei 8.625/93 e Lei Complementar 75/93) mencionam expressamente o inquérito civil, a Lei Complementar 80/1994, que trata da Defensoria Pública, não traz qualquer menção ao instrumento.

Doutra banda, sustenta-se a possibilidade, considerando-se que a Defensoria Pública pode se utilizar de todos os instrumentos possíveis que possibilitem o desempenho de suas funções, dentre as quais a defesa coletiva dos necessitados e a promoção dos direitos humanos, do que decorreria *poderes implícitos*. Ou seja, ao se conferir legitimação para a tutela coletiva e, neste caso, especialmente para a ação civil pública, decorreria daí a autorização para

que se utilize todos os instrumentos necessários ao desempenho de tal mister. Assim, sustenta-se que o artigo 8º da LACP deve ser interpretado sistematicamente, a fim de autorizar também à Defensoria Pública a presidência do inquérito civil, já que, assim como o Ministério Público, é instituição pública que pode, assim, conduzir um procedimento administrativo oficial.

Entendo que a o debate é inócuo. Isto porque o membro da Defensoria Pública pode instaurar procedimento administrativo – sem denominar de inquérito civil – para colher dados e instruir o feito, concluindo, ao final, pela viabilidade ou não da demanda. Além disso, mostra-se possível a produção antecipada das provas, com base no artigo 381 e seguintes do Código de Processo Civil.

5.2 A DEFENSORIA PÚBLICA E A EDUCAÇÃO EM DIREITOS

Como já se deixou evidenciado em linhas anteriores o papel do Defensor Público vai muito além da atuação processual em juízo - através do ajuizamento de demandas, sejam individuais ou coletivas. A atuação extrajudicial, demais disso, deve ocorrer de forma prioritária.

Em uma de suas multifacetas, a Defensoria Pública possui o importante papel de protagonista na *educação em direitos*, segundo previsão textualmente positivada no artigo 4º, inciso III, da Lei Complementar 80 de 1994:

> Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:
>
> III – promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico;

Conforme esclarece Caio Santiago, ao comparar a visão tradicional da assistência jurídica com sua perspectiva mais atual:

> "A perspectiva tradicional reforça a 'aura de mistério' do Direito, visto como sacralizado e distante do cliente. Nesse sentido, a legitimação do serviço legal funda-se no 'deslumbramento' do cliente perante o saber técnico específico do advogado e seu monopólio para pleitear em juízo. De modo distinto, a perspectiva inovadora trabalha com a desmistificação do direito

perante o cliente. Para isso, utiliza-se a educação jurídica popular para capacitar movimentos para 'autodefesa de seus direitos"[13].

Educar as pessoas em seus direitos equivale a promover inclusão social, através da promoção de ações que se voltem para a disseminação e conscientização dos cidadãos, sobretudo daqueles mais necessitados e socialmente marginalizados (os *subcidadãos*), acerca de suas garantias e deveres.

Mais do que orientação jurídica, onde atua como profissional que esclarece para a pessoa (assistido) a melhor solução jurídica para o seu caso, o Defensor Público possui a atribuição de contribuir para que a população saiba de seus direitos e como efetivá-los, pois, no mais das vezes, só consegue deles usufruir quem souber que os possui. Conforme escrevem Arion Escorsin de Godoy e Domingos Barroso da Costa:

> "Para difundir a cidadania é necessário, primeiramente, que se garantam condições ao sujeito de conscientizar-se de sua função nos mecanismos relacionais do poder estabelecido, orientando-o quanto à necessidade de uma postura responsável relativamente às suas possibilidades de reger-se a si mesmo e, pelas vias legítimas, protagonizar transformações em suas relações e na sociedade que integra (...)
>
> E, nesse percurso, avulta-se o papel da Defensoria Pública enquanto mediadora da inserção legítima do sujeito nos sistemas de poder, que se expressam pela linguagem do Direito. Ao assegurar aos vulneráveis o acesso ao instrumental necessário para inserirem-se na linguagem do poder e se comunicarem a partir de seus símbolos, a Defensoria Pública viabiliza sua atuação já na condição de cidadãos capazes de influenciar nas tomadas de decisão, assim se convertendo em agentes transformadores, seja de sua própria história, seja da sociedade que integram.
>
> Ou seja, na medida em que possibilita ao sujeito valer-se do Direito para reger-se em suas relações e transformá-las pelas vias legítimas – com destaque para a possibilidade de solucionar extrajudicialmente seus conflitos, consoante anteriormente

13. SANTOS, Caio Santiago Fernandes. *Defensoria Pública e os movimentos sociais: novas possibilidades de acesso à justiça no Brasil.* Curitiba: Juruá, 2017. p. 62.

exposto, a título de exemplo -, a Defensoria Pública assegura-lhes condições de alcançar a cidadania"[14].

Numa nação como a nossa, onde é escasso o acesso à informações (até mesmo no que concerne às noções sobre direitos), atores que fomentem e exercitem essa função revelam-se importantes instrumentos na busca da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, da erradicação da pobreza, da marginalização e da redução das desigualdades sociais, assim como auxiliam na promoção de uma comunidade onde se procure o bem de todos, sem quaisquer formas de discriminação, objetivos fundamentais do nosso país (segundo explicita o artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

Cita-se aqui o projeto denominado "DPU nas Escolas", por meio do qual Defensores Públicos ministram palestras em centros educacionais, com o objetivo apresentar a Defensoria Pública, falar sobre os trabalhos desenvolvidos na instituição e sobre a carreira de Defensor Público, possibilitando, ainda, a interação entre aqueles e os estudantes.

Subjacente à função de educar em direitos encontra-se a ideia de empoderamento *(empowerment)* das pessoas e grupos vulneráveis, para que por conta própria possuam condições de fazer valer seus legítimos interesses. A educação em direitos, como bem advertem Arion e Domingos[15], não deve se resumir à mera transferência tradicional de conhecimento, onde, de um lado, estaria o Defensor Público (similar à figura de um professor tradicional), detentor da "sabedoria", em monólogo, tendo, à sua frente, o cidadão-assistido (aluno tradicional e, como sói ser no método clássico, desinteressado), não conhecedor de informações e por isso vulnerável, numa tarefa de mero repasse de dados.

Até mesmo em razão de o defensor público e o assistido viverem muitas vezes em realidades totalmente distintas, importante é que se abdique do pensamento tradicional de transferência de informações, para que se comportem como sujeitos em constante

14. COSTA, Domingos Barroso da; GODOY, Arion Escorsin de. *Educação em direitos e defensoria pública: cidadania, democracia e atuação nos processos de transformação política, social e subjetiva*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 89-90.
15. Ibidem.

interação comunicacional, por meio não só de palestras ou eventos extraordinários organizados com tal finalidade, mas em toda a atuação institucional, desde o atendimento, nas manifestações escritas e orais - na seara extrajudicial e em juízo -, na realização de audiências públicas, comunicados institucionais, inserção em mídia jornalística, entrevistas, publicação de textos etc.

A educação em direitos, assim, assume a feição de missão institucional de absoluta relevância. Verdadeiro instrumento de transformação do sistema social, apto à libertação social, na medida em que concede autonomia ao cidadão, o qual passa a constituir-se em sujeito ativo na (re)construção das relações sociais, como parte do processo, motivo pelo qual "não pode ser deixada no plano do voluntarismo do defensor"[16]. Verifica-se, assim, uma dimensão política (no bom sentido da palavra) no exercício da educação em direitos, que vai além da mera perspectiva jurídica.

A Defensoria Pública, todavia, e à evidência, ainda não consegue promover com plenitude esse mister, não obstante venha já operando, mediante valoroso esforço de seus membros, reconhecíveis conquistas que, em última análise, resultam em transformação social. O motivo é manifesto: faltam defensores públicos e investimentos na instituição. Fortalecer a Defensoria equivale a beneficiar a população carente e reduzir desigualdades. É preciso abrir os olhos para isso. De nada adianta promover políticas que buscam um Brasil sem miséria econômica se permanecermos uma pátria de miseráveis sociais, culturais, informações, educacionais.

16. REIS, Gustavo Augusto Soares dos. *Educação em direitos e a defensoria pública: reflexões a partir da lei complementar n. 132/09*. Revista da Defensoria Pública. Ano 4. n. 2. jul;/ dez. 2011.

CAPÍTULO VI

A DEFENSORIA PÚBLICA E A DEFESA DO VULNERÁVEL – QUEM É O NECESSITADO?

A base conceitual da Defensoria Pública encontra-se no artigo 134 da Constituição Federal de 1988, conjugado com o inciso LXXIV do artigo 5º da Carta:

> Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.
>
> Art. 5º. LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

Diante do texto constitucional surge uma pergunta recorrente: *Quem é o necessitado?*

Inicialmente, importa registrar que as considerações aqui colocadas são realizadas com base no ordenamento jurídico atual e sob a influência social, cultural, política e histórica do tempo no qual as presentes linhas são escritas. É que, como se sabe, o direito é posto à serviço de uma determinada sociedade, em delimitada época, de acordo com suas especificidades. Bem por isso a letra da norma precisa ser interpretada, estando em constante propensão à mutação e atualização. Dessa forma, talvez, há algumas décadas, quando do advento da Constituição em vigor, as conclusões aqui esposadas fossem outras, assim como podem não ser as mesmas dentro de trinta anos.

A adoção de uma cláusula aberta, de um conceito indeterminado, para além do direito (interdisciplinar) e polissêmico tem a vantagem de permitir que sua definição seja construída e mesmo modificada com a evolução social. Lado outro, apresenta a desvantagem de suscitar dúvidas sobre suas delimitações, gerando, até mesmo, insegurança quanto à correta compreensão do termo pelo intérprete.

Neste campo, verifica-se equívoco, ainda hoje corrente, no sentido de vincular a necessidade tão somente ao aspecto patrimonial, chegando-se a instaurar-se no senso comum a expressão reducionista de que "à Defensoria Pública cabe a defesa dos *pobres*". Acerca disso, interessante observar que Constituição Federal, ao referir-se à Defensoria Pública e ao destinatário da assistência jurídica gratuita, utiliza as expressões "necessitados" (Art. 134, caput) e "insuficiência de recursos" (Art. 5º, LXXIV). Não há, portanto, a utilização da expressão "pobre" para definir aquele que fará jus aos serviços de assistência jurídica gratuita, por meio da Defensoria Pública. A opção do constituinte fica clara, já que, quando quis referir-se aos pobres, o fez expressamente, como consta no artigo 5º, LXXVI da Carta, onde o termo aparece. A expressão também não é encontrada na Lei Complementar 80.

Mesmo no âmbito dos regulamentos internos dos diversos ramos da Defensoria Pública, a ideia costumou ser repetida, através sobretudo da utilização do termo "hipossuficiente econômico" ou "hipossuficiência econômica", com o fito de designar aquele que faz jus à assistência jurídica gratuita, ou seja, o necessitado, fixando-se, como primeiro ou único parâmetro de aferição da necessidade o rendimento pessoal ou familiar. A Lei 1.060/50 também contribuiu, durante bom tempo, para o equívoco, ao gerar confusão entre "gratuidade da justiça", "assistência judiciária" e "assistência jurídica gratuita", que não se confundem. Com frequência (e equivocadamente), costumava-se vincular os três institutos ao conceito de necessitado trazido pelo do artigo 2º da Lei 1.060/50 (considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família), hoje expressamente revogado pelo CPC/2015 (art. 1.072, III).

Apesar de o raciocínio que vincula a necessidade ao aspecto financeiro não se mostrar totalmente errado, é incompleto, já que, de forma equivocada, resume a necessidade ao aspecto econômico.

Quanto a isso há, inclusive, *controvérsia quanto ao uso dos termos vulnerabilidade e hipossuficiência.* Como informa Tartuce, "considerando-se o sentido da expressão no dicionário e sua tradição no sistema brasileiro, hipossuficiência é sinônimo de vulnerabilidade econômica. Vulnerabilidade indica suscetibilidade em sentido amplo, sendo hipossuficiência uma de suas espécies (sob o viés econômico).[1] Bem por isso, apresenta-se melhor o uso das expressões "necessitado" ou "vulnerável" quando se quer referir, de forma genérica, a parte que tem direito à assistência pela Defensoria Pública, já que a expressão "hipossuficiente" se encontra demasiadamente ligada à ideia de carência financeira, nada obstante o termo possa vir acompanhado de maior especificação, sendo, neste caso, usado como gênero e sinônimo de necessidade (por exemplo: hipossuficiência econômica, hipossuficiência jurídica; hipossuficiência organizacional; hipossuficiência social etc.).

Com efeito, já há algum tempo se tem demonstrado a necessidade de superar a inicial ideia interpretativa que vincula a atuação defensorial aos carentes econômicos. Não é difícil compreender o contexto que leva a conclusões equivocadas como esta. O homem é, indubitavelmente, fortemente influenciado pelo meio no qual vive (o homem é produto do meio, já nos advertia Rousseau) e, conforme escreveu Galeano "o mundo trata os meninos ricos como se fossem dinheiro, para que se acostumem a atuar como o dinheiro atua. O mundo trata os meninos pobres como se fossem lixo, para que se transformem em lixo"[2]. Em geral são os primeiros que conseguem galgar o caminho da educação, passam a ocupar cargos públicos, criam, interpretam e aplicam as leis.

O capitalismo nos faz raciocinar, quase sempre e inconscientemente, sobre balizas pautadas em aspectos econômicos. É a

1. TARTUCE, Fernanda. *Vulnerabilidade processual no novo cpc.* In *Repercussões no novo cpc – defensoria pública.* Coord.: José Augusto Garcia de Souza. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 284.
2. GALEANO, Eduardo. *De pernas para o ar: a escola do mundo ao avesso.* Porto Alegre: L&PM Editores, 2013. p. 5.

influência do meio sobre o ser. Não soa estranho, portanto, que em uma primeira leitura do texto constitucional sejamos levados a visualizar, ali, referência ao aspecto monetário na expressão "insuficiência de recursos" (Art. 5º, LXXIV, CF/88).

Evidentemente, a referência ao "recurso" constante no texto constitucional não tem relação somente com a falta de condições financeiras. Os recursos (ou sua falta) podem ser de várias ordens. Uma simples incursão etimológica é apta a demonstrar que a palavra "recurso" não se resume ao aspecto econômico. Rápida consulta ao dicionário "Aurélio *on line*[3]" revela, dentre vários significados o de "bens ou riquezas", mas também o de "meio; o que serve para alcançar um fim".

A falta de recursos, portanto, equivale à falta de meios. Numa perspectiva jurídica, corresponde à falta de meios para acessar a Justiça ou fazer valer seus direitos.

A professora Ada Pellegrini Grinover, ao referir-se, desde a década de noventa, à necessidade organizacional, nada mais fazia do que revelar uma das facetas da "insuficiência de recursos":

> Aos necessitados tradicionais, que eram - e ainda são - os carentes de recursos econômicos, acrescentaram-se os carentes de recursos jurídicos. E assim a assistência judiciária aos economicamente fracos foi estendida aos hipossuficientes jurídicos. O primeiro passo nesse sentido foi dado para a defesa penal, quando se tratasse de acusado revel, independentemente de sua capacidade econômica. Mais recentemente, porém, fala-se em uma nova categoria de hipossuficientes, surgida em razão da própria estruturação da sociedade de massa: são os carentes organizacionais, a que se refere Mauro Cappelletti. São carentes organizacionais as pessoas que apresentam uma particular vulnerabilidade em face das relações sociojurídicas existentes na sociedade contemporânea. (...) Todos aqueles, enfim, que no intenso quadro de complexas interações sociais hoje reinante, são isoladamente frágeis perante adversários poderosos do ponto de vista econômico, social, cultural ou organizativo, merecendo, por isso mesmo, maior atenção com

3. http://dicionariodoaurelio.com/recurso.

relação a seu acesso à ordem jurídica justa e à participação por intermédio do processo[4].

No mesmo sentido:

> Há, porém, um outro público-alvo para a Defensoria Pública: as coletividades. É que estas nem sempre estão organizadas (em associações de classe ou sindicatos, por exemplo) e, com isso, tornam-se hipossuficientes na busca da tutela jurisdicional referente a interesses ou direitos transindividuais. Era preciso, então, reconhecer a legitimidade ativa da Defensoria Pública para a defesa de tais interesses. Negar tal legitimidade implicaria contrariar a ideia de que incumbe ao Estado (e a Defensoria Pública é, evidentemente, órgão do Estado) assegurar ampla e efetiva tutela jurisdicional a todos[5].

O mesmo ocorre com a denominada necessidade jurídica, informacional ou de minorias étnicas.

> "Ou seja, todos aqueles que são socialmente vulneráveis: os consumidores, os usuários de serviços públicos, os usuários de planos de saúde, os que queiram implementar ou contestar políticas públicas, como as atinentes à saúde, à moradia, ao saneamento básico, ao meio ambiente etc."[6]

A definição do necessitado deve se pautar por princípios de interpretação que garantam a efetividade das normas constitucionais previstas nos incisos XXXV, LXXIV e LXXVIII do artigo 5º da Constituição da República, conferindo ao acesso à justiça e aos diretos que a este se ligam, como é o direito à assistência jurídica gratuita, um sentido que não crie obstáculos à sua efetivação, permitindo o alargamento do número de pessoas que possam ser salvaguardadas[7].

---

4. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Acesso à justiça e o Código de Defesa do Consumidor.* O processo em evolução. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996. p. 116-117.
5. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Legitimidade da defensoria pública para ajuizar ação civil pública: um possível primeiro pequeno passo em direção a uma grande reforma.* A Defensoria Pública e os Processos Coletivos – Comemorando a Lei Federal 11.448/2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 46-47).
6. DE SOUZA, José Augusto Garcia. *A legitimidade da Defensoria Pública para a tutela dos interesses difusos: uma abordagem positiva.* Revista de Processo, vol. 175, São Paulo, Set 2009, p. 192-227.
7. Neste sentido: STF. ADI 3943 ED / DF.

Cabe, portanto, à Defensoria Pública, por força de disposição constitucional, a defesa do necessitado que comprove a insuficiência de recursos. Tal carência (que não é só de ordem financeira[8]) gera vulnerabilidade. Logo, *a Defensoria Pública tem como missão constitucional a defesa dos vulneráveis*[9].

A presença (ou indícios dela) de vulneráveis é, portanto, apta a demonstrar a necessidade e a legitimidade para atuação da Defensoria Pública. No âmbito de demandas que envolvam coletividades, em razão da *hipossuficiência organizacional*, mostra-se ainda mais imperiosa a intervenção da instituição, com vistas garantir que os princípios do acesso à justiça, contraditório e ampla defesa, dentre outros, sejam efetivamente garantidos a todos que, de alguma forma, possam ser atingidos, motivo pelo qual, quando já em juízo a questão, deve a Defensoria Pública ser intimada, quando não tenha ainda intervindo no processo judicial.

Isso porque a Defensoria Pública é, a um só tempo, direito e garantia fundamental do cidadão, o qual, por incapacidade organizacional e informacional (desconhecendo, muitas vezes, a própria existência do serviço de prestação de assistência jurídica gratuita) fica à mercê da sorte, como se fosse pertencente a uma *subcategoria social*, detentora de menos direitos que outras. A essa categoria de necessitados tem se atribuído a denominação de *hipervulneráveis*. A expressão é encontrada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. No ano de 2015, a Ministra Laurita Vaz, adotando interpretação mais ampla do conceito de necessitados, em julgamento de Embargos de Divergência no Recurso Especial nos Embargos Infringentes 1.192.577-RS, retomou seu uso, conforme constou na ementa da decisão, cujo trecho transcreve-se:

> 2. A atuação primordial da Defensoria Pública, sem dúvida, é a assistência jurídica e a defesa dos necessitados econômicos, entretanto, também exerce suas atividades em auxílio a ne-

---

8. Nesse sentido: STJ. Terceira Turma. REsp 1449416/SC. DJe 29/03/2016.
9. Nesse sentido, ver interessante artigo do Defensor Público Maurílio Casas Maia, intitulado "Expressão e instrumento do regime democrático? 'Communitas', 'Vulnerabilis et Plebis' – Algumas dimensões da missão do Estado defensor", publicado na revista jurídica virtual Empório do Direito. Disponível em: http://emporiododireito.com.br/expressao-e-instrumento-do-regime-democratico-communitas-vulnerabilis-et-plebis-algumas-dimensoes-da-missao-do-estado-defensor-por-maurilio-casas-maia/. Acesso em 16.12.2015.

cessitados jurídicos, não necessariamente carentes de recursos econômicos, como é o caso, por exemplo, quando exerce a função do curador especial, previsto no art. 9.º, inciso II, do Código de Processo Civil, e do defensor dativo no processo penal, conforme consta no art. 265 do Código de Processo Penal (...) 4. "A expressão 'necessitados' (art. 134, caput, da Constituição), que qualifica, orienta e enobrece a atuação da Defensoria Pública, deve ser entendida, no campo da Ação Civil Pública, em sentido amplo, de modo a incluir, ao lado dos estritamente carentes de recursos financeiros – os miseráveis e pobres –, os hipervulneráveis (isto é, os socialmente estigmatizados ou excluídos, as crianças, os idosos, as gerações futuras), enfim todos aqueles que, como indivíduo ou classe, por conta de sua real debilidade perante abusos ou arbítrio dos detentores de poder econômico ou político, 'necessitem' da mão benevolente e solidarista do Estado para sua proteção, mesmo que contra o próprio Estado. Vê-se, então, que a partir da ideia tradicional da instituição forma-se, no Welfare State, um novo e mais abrangente círculo de sujeitos salvaguardados processualmente, isto é, adota-se uma compreensão de minus habentes impregnada de significado social, organizacional e de dignificação da pessoa humana " (REsp 1.264.116/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2011, DJe 13/04/2012).

Orion e Domingos[10] mencionam uma interessante categoria de *necessitados*, os *circunstanciais*. A *vulnerabilidade circunstancial*, categorizada por Diogo Esteves e Franklyn Roger, como uma *vulnerabilidade episódica ou transitória*[11], foi verificada, por exemplo, em Procedimento de Assistência Jurídica instaurado durante o plantão noturno da Defensoria Pública da União. Naquela ocasião uma mulher – não hipossuficiente financeira – que recentemente houvera sido diagnosticada com gravidez ectópica necessitava ser medicada no prazo de setenta e duas horas após a retirada do feto. A não injeção do medicamento poderia ocasionar sérias consequências, comprometendo futura gestação, conforme confirma-

10. COSTA, Domingos Barroso da; GODOY, Arion Escorsin de. *Educação em direitos e defensoria pública: cidadania, democracia e atuação nos processos de transformação política, social e subjetiva*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 89.
11. ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da defensoria pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 285.

do por laudo médico. Passadas já mais de quarenta oito horas do infortúnio, a paciente não havia ainda conseguido a medicação, sendo que o hospital no qual se encontrava-se internada até então negava-se ao fornecimento, sob o argumento de que ela já havia recebido alta médica. A situação exigiu uma atuação emergencial do defensor público, que ajuizou a ação ainda naquela noite, tendo sido a limitar deferida na manhã seguinte. As peculiaridades do caso revelaram uma legitimação circunstancial, somente para aquela questão específica, fazendo-nos observar a impossibilidade de adotar-se uma concepção estática quanto à possibilidade de assistência jurídica.

A previsão contida no *artigo 303 do Código de Processo Civil*[12] revela instrumento apto à atuação em defesa de situações circunstanciais, pois permite que o pedido se limite tão somente ao requerimento da tutela antecipada. Na situação narrada, seria possível, diante da vulnerabilidade constatada, requerer o medicamento, à título de antecipação dos efeitos da tutela, solicitando ao juízo que, após a concessão e efetivação da medida, intimasse a parte (agora já não mais vulnerável) para constituir advogado que pudesse continuar sua defesa, aditando a petição inicial, com a complementação da argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em quinze dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar (artigo 303, §1º, I), sendo possível, ainda, em tais casos, a *estabilização dos efeitos da tutela provisória concedida*, nos termos do artigo 304 do código processual.

Por fim, na obra de Tiago Fensterseifer[13] encontramos interessante diferenciação. O autor realiza classificação apartando o *necessitado em sentido estrito* do *necessitado em sentido amplo*. O primeiro relaciona-se à necessidade econômica, enquanto o segundo compreende outros tipos de necessidade. No sentido do que expomos, arremata Fensterseifer: "O conceito de pessoas em condição de vulnerabilidade não difere substancialmente do con-

12. Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

13. FENSTERSEIFER, Tiago. *Defensoria pública, direitos fundamentais e ação civil pública.* São Paulo: Saraiva, 2015. p. 60-68.

ceito de pessoas necessitadas, especialmente se tomarmos por base o seu sentido mais amplo".

6.1 QUEM É O VULNERÁVEL?

Da leitura da Constituição Federal (artigo 134, *caput* c/c inciso LXXIV, do artigo 5º) conclui-se que cabe à Defensoria Pública, por força de disposição constitucional, a defesa do necessitado que comprove a insuficiência de recursos. Tal carência (que não é só de ordem financeira) gera vulnerabilidade. Logo, *a Defensoria Pública tem como missão constitucional a defesa dos vulneráveis*[14].

É preciso avançar um pouco mais no tema, a fim de evitar que o reconhecimento da vulnerabilidade como critério definidor da necessidade, para fins de assistência jurídica gratuita, desague no mesmo problema de indefinição do termo "necessitado".

A vulnerabilidade é *situação fática*. Sua identificação, assim, ocorre diante do caso posto. Sendo assim, seria impossível que a norma posta pudesse prever, exaustivamente, todos os casos, enumerando-os.

É possível, todavia, encontrar situações expressamente reconhecidas na norma escrita, seja no texto constitucional, em diplomas internacionais ou na legislação ordinária, a exemplo daquelas que versam sobre refugiados (Lei 9.474/97 e a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados), indígenas e povos tribais (Lei 6.001/73 e Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT), pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária (Lei 13.684/2018), população de rua etc. Buscando sistematizar a questão, Diogo Esteves e Franklyn Roger apontam algumas espécies de vulnerabilidade atualmente existentes no mundo contemporâneo, quais sejam, a *vulnerabilidade econômica*, a *vulnerabilidade organizacional*, a *vulnerabilidade etária*, a *vulnerabilidade física, mental e sensorial*, a *vulnerabilidade indígena*, a *vulnerabilidade por vitimização*, a *vulnerabilidade por migração ou deslocamento interno*, a *vulnerabilidade por vivência em situação de rua*, a *vulnerabilidade*

14. Sobre o tema ver, neste livro, "A DEFENSORIA PÚBLICA E A DEFESA DO VULNERÁVEL – QUEM É O NECESSITADO?".

por orientação sexual e identidade de gênero, a *vulnerabilidade das minorias*, a *vulnerabilidade processual*[15], a *vulnerabilidade episódica ou transitória* e a *vulnerabilidade por privação de liberdade*[16]. Trata-se de *enumeração não exaustiva*. Mais modernamente, tem-se identificado novas espécies, a exemplo *vulnerabilidade digital*, que engloba tanto o modo analógico (*off-line)* – a exemplo da coleta de dados em estabelecimentos comerciais – como o modo o digital (*on-line* ou *cibervulnerabilidade)* – quando, por exemplo, há coleta de dados através do uso de *smartphones*. A vulnerabilidade digital tem sido objeto de debate entre defensores públicos de todo o país através de grupo de aplicativo de comunicação (*WhatsApp*). Em diálogo ali estabelecido, os defensores públicos Roger Feichas e Bheron Rocha observaram que este possivelmente será o novo desafio da Defensoria Pública, principalmente no que diz respeito aos dados sensíveis previstos na Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018). Ponto relevante desta legislação se refere a possibilidade de se exigir um relatório de impacto à proteção de dados pessoais quando for necessário para verificar a ocorrência de violação de direitos ou para prevenir eventuais violações (art. 5º, XVII). Referido relatório deve incluir a documentação do controlador que contém a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais, bem como indicar medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco. Segundo a lei (13.709/2018, modificada pela Lei 13.853/19) o relatório pode ser solicitado pela Autoridade Nacional (de Proteção de Dados – ANPD), órgão da administração pública federal, integrante da Presidência da República. Sem a pretensão de esgotar o tema, é importante registrar que nada obstante não haja menção à Defensoria Pública na legislação, a leitura sistêmica das atribuições conferidas à Defensoria Pública autoriza a instituição a requisitar o relatório, especialmente quando em jogo

15. Fernanda Tartuce define a vulnerabilidade processual como "a suscetibilidade do litigante que o impede de praticar atos processuais em razão de uma limitação pessoal involuntária; a impossibilidade de atuar pode decorrer de fatores de saúde e/ou de ordem econômica, informacional, técnica ou organizacional de caráter permanente ou provisório" (TARTUCE, Fernanda. *Vulnerabilidade processual no novo cpc*. In *Repercussões no novo cpc – defensoria pública*. Coord.: José Augusto Garcia de Souza. Salvador: Juspodivm, 2015, p; 286).
16. ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da defensoria pública*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 303-320.

a tutela coletiva de grupos vulneráveis. Conforme observou Roger Feichas, este entendimento é reforçado em razão de a Autoridade de Proteção de Dados não possuir autonomia, o que pode comprometer sua atuação em casos mais sensíveis, ganhando relevo a atuação de instituições autônomas, como é a Defensoria Pública.

Ainda sobre as espécies de vulnerabilidade, Marcos Vinícius Manso Lopes Gomes, aponta para uma *terceira dimensão do conceito de hipossuficiência/vulnerabilidade*. Ao lado da primeira dimensão - pautada por critérios individuais/liberais e vinculada à tutela dos economicamente necessitados - e da segunda dimensão – na qual se identifica uma expansão para o conceito de necessidade/hipossuficiência/vulnerabilidade organizacional, esta terceira dimensão se constrói por um viés pós-humanista, pautando-se na ideia do biocentrismo e *voltada para a defesa de um grupo vulnerável específico, no caso, os animais não humanos*. Neste aspecto, fundamenta-se na doutrina que considera a existência de direitos fundamentais dos animais, os quais seriam, assim, sujeitos de direitos (e não somente objetos de proteção). Esta atuação da Defensoria Pública em defesa dos animais não humanos, portanto, não se confundiria com aquela embasada na defesa do meio ambiente, nada obstante haja pontos de intercessão entre elas[17].

O reconhecimento de diversos grupos vulneráveis, como clara expressão do multiculturalismo, visa a inclusão, que, no caso do acesso à justiça ocorre por meio de assistência jurídica gratuita que possibilite o reconhecimento e fruição de direitos.

A proteção a pessoas e a grupos vulneráveis não é novidade e já há algum tempo tem ocupado espaço no cenário internacional. Neste sentido, Augusto Cançado Trindade apontava, já no início da década 1990, a preocupação com a proteção de grupos vulneráveis na confluência do Direito Internacional dos Direitos Humanos e com o atendimento as suas necessidades básicas[18]. Com efeito, a Declaração da II Conferência Mundial de Direitos Humanos, ocor-

17. GOMES, Marcos Vinícius Manso Lopes. *Direitos humanos e princípios institucionais da Defensoria Pública*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
18. Resgatando escritos desta época: TRINDADE, Antônio Augusto. *O regime jurídico autônomo das medidas provisórias de proteção*. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2017. p. 17 a 40.

rida no ano de 1993 em Viena, expressou a necessidade de ser dada uma grande importância à promoção e à proteção dos direitos de pessoas pertencentes a grupos que se tenham tornado vulneráveis.

A atenção crescente ao critério da vulnerabilidade ocorre especialmente em razão da sua ligação com grupos que necessitam do atendimento de suas necessidades básicas. As crianças, as populações indígenas, as mulheres, os deficientes, os idosos, os doentes terminais e os migrantes, por exemplo, situam-se entre os vulneráveis, necessitando de especial proteção.

A Agenda 21, adotada pela Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente em 1992, expressou preocupação com grupos vulneráveis (capítulo 6), exemplificando com as crianças, os jovens, as mulheres, as populações indígenas e os muito pobres. O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador) é outro documento que se volta expressamente para certos grupos vulneráveis, como os incapacitados físicos e mentais, idosos, crianças e doentes, destacando a necessidade de satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis (Art. 10, 2, *f*).

Por seu turno, os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (Objetivos Globais) do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento traçam uma Agenda de dezessete metas a serem implementadas até 2030, envolvendo acabar com a pobreza e a fome em todos os lugares, combater as desigualdades dentro e entre os países, construir sociedades pacíficas, justas e inclusivas, proteger os direitos humanos e promover a igualdade de gênero e o empoderamento das mulheres e meninas, assim como assegurar a proteção duradoura do planeta e seus recursos naturais.

Visando a implementação, esta Agenda convoca uma parceria global para o desenvolvimento sustentável, com base em um espírito de solidariedade global concentrada em especial nas necessidades dos mais pobres e mais vulneráveis, afirmando expressamente que *as pessoas que estão vulneráveis devem ser empoderadas*. Exemplifica tais grupos como aqueles cujas necessidades são refletidas na Agenda, incluindo todas as crianças, jovens, pessoas com deficiência (das quais mais de 80% vivem na pobreza), as pessoas que vi-

vem com HIV/AIDS, idosos, povos indígenas, refugiados, pessoas deslocadas internamente e migrantes. Os objetivos e metas são o resultado de mais de dois anos de consulta pública intensiva e envolvimento junto à sociedade civil e outras partes interessadas em todo o mundo, prestando uma atenção especial às vozes dos mais pobres e mais vulneráveis[19].

A marginalização, a pobreza, a discriminação social, fatores ambientais e as barreiras culturais são fatores, dentro outros, que tornam os grupos e as pessoas vulneráveis. Tomando como exemplo o migrante, a Organização Internacional para as Migrações (OIM) aponta diversos determinantes para a vulnerabilidade migratória, como fatores individuais, familiares, domésticos, comunitários e estruturais (geográficos, políticos, econômicos, sociais, regionais e institucionais). São exemplos destes últimos eventual histórico de colonização ou conflito, sistemas políticos, políticas migratórias e de governo, assim como o respeito (ou não) aos direitos. Tais fatores, em geral, interagem, verificando-se a presença de mais de um deles, o que gera múltiplo risco.

A partir deste *modelo de identificação de fatores determinantes de vulnerabilidade* identificam-se os riscos e os tipos de proteção necessários, a exemplo de moradia, acesso à água potável, condições sanitárias e de higiene adequadas, alimentação, segurança, saúde, educação, emprego e, dentre outros, acesso à justiça[20]. Este último aspecto é o que se relaciona diretamente com a assistência jurídica gratuita prestada pela Defensoria Pública.

A identificação da necessidade para fins de assistência jurídica gratuita deve levar em conta a capacidade de acesso à justiça (aqui considerando em sentido amplo, não relacionado tão somente ao Poder Judiciário[21]*), de efetiva ampla defesa e contraditório* da pessoa ou do grupo a ser representado pela Defensoria Pública. Destarte,

19. Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, assim como o documento final da Agenda 2030 estão disponíveis no site das Nações Unidas no Brasil (https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/), nas línguas inglesa e portuguesa.

20. *IOM Handbook – protection and assistance for migrants vulnerable to violence, exploitation and abuse*. Geneva: International Organization for Migration, 2018. p. 5-81.

21. O acesso à justiça é conceito amplo, que não se resume ao Poder Judiciário. Do acesso à justiça decorre o acesso a uma solução para o litígio, diante de uma das vias de um sistema multiportas, onde judiciário é apenas um dos caminhos possíveis, em alguns casos não sendo o mais adequado.

tanto a condição financeira, quanto as demais causas de vulnerabilidade podem demonstrar a necessidade (seja econômica, organizacional, jurídica etc.) no caso em concreto, não sendo incomum a presença de mais de um fator determinante.

Os adjetivos que acompanham a definição de vulnerabilidade equivalem a seus determinantes. Assim, tem-se a vulnerabilidade econômica, quando decorrente da incapacidade financeira; a vulnerabilidade circunstancial, quando decorre de uma situação episódica ou temporária; a vulnerabilidade organizacional, quando se origina da impossibilidade de articulação de um grupo; a vulnerabilidade informacional, se relacionada à ausência de informação, especialmente em razão do baixo nível de instrução da parte; etc. O mesmo se aplica aos adjetivos que acompanham o termo necessidade ou necessitado (necessitado econômico; necessitado circunstancial; necessitado organizacional) ou mesmo os que adjetivem a expressão hipossuficiência ou hipossuficiente, muito embora estas duas últimas estejam forte e tradicionalmente ligadas à questão econômica.

Tais fatores determinantes, ou seja, os adjetivos, muitas vezes encontram-se interligados, sendo possível que mais de um contribua para a configuração da vulnerabilidade.

A definição de quem são os grupos e as pessoas vulneráveis, nada obstante, como já anotado, decorra de uma análise fática, pode ser extraída a partir de em um rol não exaustivo espalhado por diversos diplomas legais e documentos internacionais. Neste contexto, as *100 Regras de Brasília para o Acesso à Justiça de Pessoas em Condição de Vulnerabilidade* têm sido apontadas como importante instrumento nesta questão. Aprovado pela XIV Conferência Judicial Ibero-americana, que ocorreu em Brasília em 2008, o documento, numa análise tradicional, possui o caráter de *soft law*. É possível defender, todavia, seu status de *jus cogens*, já que trata de valores indispensáveis aos direitos humanos.

Nesse diploma identificam-se, de forma expressa e catalogada, diversas formas de vulnerabilidade. O documento traz o seguinte conceito:

> Consideram-se em condição de vulnerabilidade aquelas pessoas que, por razão da sua idade, género, estado físico ou mental, ou

> por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercitar com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

Em resumo, trata-se de predisposição a situações de fragilidade decorrentes de fatores que coloquem as pessoas em posição assimétrica de poder por razões políticas, históricas, sociais ou culturais, o que dificulta ou impede o reconhecimento ou efetivação de direitos.

Em razão disso, o documento aponta, visando o efetivo acesso à justiça para a defesa dos direitos, para a promoção e desenvolvimento de políticas públicas destinadas a garantir a assistência técnico-jurídica da pessoa vulnerável e para a defesa dos seus direitos em todas as ordens jurisdicionais, inclusive através da ampliação de funções do Defensor Público (Regra 29).

As 100 Regras de Brasília informam que poderão constituir causas de vulnerabilidade, dentre outras, a idade, a incapacidade, o pertencimento a comunidades indígenas ou a minorias, a vitimização, a migração e o deslocamento interno, a pobreza, o gênero e a privação de liberdade. Assim, a dificuldade de acesso à justiça pode derivar de múltiplos fatores, sendo a que "concreta determinação das pessoas em condição de vulnerabilidade em cada país dependerá das suas características específicas, ou inclusive do seu nível de desenvolvimento social e econômico". No Brasil, em geral, a pobreza é um dos fatores presentes, estando acompanhada por outras causas de vulnerabilidade.

Por seu turno, a Lei Complementar 80/1994 traz como função institucional da Defensoria Pública "exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado" (art. 4º, XI).

Sendo assim, *identificada a situação de vulnerabilidade que gere impedimento ou obstáculo ao efetivo acesso à justiça (visando o reconhecimento ou a efetivação de direitos), constatada estará a necessidade para fins de assistência jurídica gratuita.* Em outros termos, para fins de concessão de assistência jurídica, importa

observar se a vulnerabilidade impede ou dificulta o acesso à justiça. A análise deve ocorrer pelo defensor público, em cada caso. Constatado isso, estará configurada a necessidade mencionada no artigo 134 da Constituição Federal.

Franklyn Roger e Diogo Esteves[22], citando Arion Escorsin, buscam sintetizar a questão afirmando que a assistência jurídica gratuita deve ser reconhecida às pessoas "que estejam em situação de vulnerabilidade e reste evidenciada a ligação entre a espécie de vulnerabilidade identificada e a pertinência temática do atendimento jurídico jurídico-assistencial pretendido". Citam o seguinte exemplo trazido por Escorsin:

> A ilustrar o que se afirma, pode-se pensar na hipótese de um cidadão homossexual residente em uma cidade pequena e interiorana que necessita de atendimento jurídico para formalizar uma união com seu parceiro. É certo que, no caso, além de pertencer a um grupo histórica e socialmente desprestigiado, a matéria que enseja o atendimento se vincula a esta mesma circunstância que o faz vulnerável, o que em princípio e em linhas gerais justificaria o atendimento.
>
> Hipótese diversa, contudo, seria se esse mesmo cidadão, em outra oportunidade, pretendesse atendimento para revisar o financiamento de seu veículo.

No caso apresentado, verificar-se uma vulnerabilidade decorrente da opção sexual somada a uma vulnerabilidade territorial, que cria obstáculos ao acesso à justiça (efetivação de direitos). A situação, em tese, seria diferente se a pessoa estivesse em um grande centro urbano, com cultura e costumes diferentes. Ou seja, o só fato de pertencer a um grupo considerado vulnerável não é suficiente para a configuração da necessidade para fins de assistência jurídica. Mostra-se preciso analisar se esse fato (fator determinante) gera obstáculos ao acesso à justiça, o que ocorre quando analisamos, no caso, o tema e o contexto regional no qual a pessoa se encontra inserida.

Identificada a situação de vulnerabilidade que gere impedimento ou obstáculo ao efetivo acesso à justiça constatada estará a necessidade para fins de assistência jurídica gratuita.

22. ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. Op. cit.. p. 302-303.

6.2 QUEM DEVE DIZER A NECESSIDADE?

Cientes de quem é o necessitado/vulnerável passamos a nos perguntar a quem compete dizer a necessidade, ou seja, de quem é a atribuição para deferir ou não a assistência jurídica.

Inicialmente, vale observar que toda ação intentada pela Defensoria Pública deve passar pela análise de um defensor público, que precisa verificar a viabilidade para atuação e para o início de um eventual processo judicial, sendo arquivado o procedimento de assistência jurídica quando concluir negativamente ou alcançar solução extrajudicial.

Em função disso, nas demandas individuais, a praxe institucional demonstra buscar-se sempre a obtenção de declaração de pobreza da parte interessada, a fim de atestar eventual necessidade econômica e mesmo fundamentar pedido de gratuidade da justiça em caso de ajuizamento de uma ação. A parte interessada pode ser instada, ainda, a apresentar outros meios de prova de hipossuficiência ou de vulnerabilidade.

A Constituição Federal dispõe que será prestada assistência jurídica gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (Art. 134 e inciso LXXIV do art. 5º). A lei (7.115/83) aduz que a declaração comprova o estado de pobreza. No mesmo sentido, aduz o Código de Processo Civil, em seu artigo 99, parágrafo 3º. Assim, havendo declaração do interessado em assistência jurídica, há presunção quanto ao estado de pobreza. Tal presunção é relativa, podendo o membro da Defensoria Pública, fundamentadamente, afastar a presunção e pedir a exibição de outros documentos que atestem a necessidade (econômica ou decorrentes de outros tipos de vulnerabilidade). Uma vez solicitados, não havendo apresentação, pode-se negar a assistência por ausência de elementos que comprovem a necessidade.

Não se trata de indeferimento por não ter a parte interessada apresentado algum documento específico, mas por não ter comprovado a necessidade, uma vez afastada, fundamentadamente, a presunção relativa da declaração. Importa observar que o defensor público deve sempre avaliar outras formas de vulnerabilidade que possam estar presentes no caso e não sejam relacionadas à hipos-

suficiência econômica, embora em geral esta última seja analisada como primeiro critério geral.

A análise dos requisitos necessários ao reconhecimento do direito à assistência jurídica gratuita é atribuição exclusiva do membro da Defensoria Pública, devendo cada caso ser analisado pelo defensor público natural (com atribuição previamente definida para atuar no caso).

Referida análise deve se pautar por princípios de interpretação que garantam a efetividade das normas constitucionais previstas nos incisos XXXV, LXXIV e LXXVIII do artigo 5º da Constituição da República, conferindo ao acesso à justiça e aos diretos que a este se ligam, como é a assistência jurídica gratuita, um sentido que não crie obstáculo à sua efetivação, permitindo o alargamento do número de pessoas que possam ser beneficiadas.

Importa não confundir a análise dos requisitos para a assistência jurídica estatal gratuita, atribuição do membro da Defensoria Pública, com aquela inerente à concessão da gratuidade da justiça, que compete ao magistrado. A assistência jurídica não se encontra vinculada à decisão judicial acerca da gratuidade da justiça, sendo possível que esta seja negada e ainda assim um defensor público atue no processo representando a parte. O inverso também pode ocorrer, podendo a assistência jurídica ser negada pelo defensor público ao concluir pela ausência de requisitos e a gratuidade da justiça ser deferida pelo magistrado.

Não cabe ao juiz determinar que o membro da Defensoria Pública atue ou deixe de atuar em favor de determinada parte, ainda que esteja sem defensor constituído no processo. Nestes casos, cabe ao magistrado intimar a Defensoria Pública para que o defensor público natural avalie os requisitos necessários e defira ou não a assistência jurídica, sendo despida de técnica intimações judiciais que determinem a atuação compulsória da Defensoria Pública, não vinculando o membro, o qual deve receber tais intimações como simples solicitação de análise.

No caso de entender que não estão presentes os requisitos para a configuração da necessidade e, portanto, indeferir a assistência jurídica gratuita, o defensor público deve dar imediata ciência ao Defensor Público-Geral, que decidirá a controvérsia,

indicando, se for o caso, outro Defensor Público para atuar (art. 4º, §8º da LC 80/1994).

Entendendo o magistrado ser inadequada a decisão do defensor público, que defere ou não a assistência jurídica, poderá oficiar a Corregedoria-Geral da Defensoria Pública, a fim de que possa fiscalizar o membro.

No caso de demandas coletivas, cabe à Defensoria Pública, autora do processo, demonstrar a presença das condições da ação, o que inclui a legitimidade para a causa. Em um primeiro momento é a Defensoria Pública, instituição autônoma (Art. 134, parágrafos 2º e 3º da Constituição Federal), e que, por meio de seus membros, detém atribuição para análise da presença dos requisitos que configurem a necessidade. Assim, uma vez alegado pelo defensor público, em Ação Civil Pública (ou qualquer outra), a existência de interesses de pessoas ou grupos vulneráveis (que serão atingidos pela demanda), tal asserção (alegação; afirmação) é dotada de presunção (ainda que relativa).

Importa observar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 733.433, apreciando o tema 607 da repercussão geral, fixou tese no sentido de que "A Defensoria Pública tem legitimidade para a propositura da ação civil pública em ordem a promover a tutela judicial de direitos difusos e coletivos de que sejam titulares, *em tese*, pessoas necessitadas". É dizer, conforme afirmou o ministro Barroso na ADI 3943, a legitimação somente pode ser afastada em situações extremas, que refujam por completo a missão institucional do órgão. Mesmo nestes casos, entendendo pela necessidade de mais elementos, cabe ao órgão julgador, *fundamentando seu despacho*, intimar a Defensoria Pública para que demonstre nos autos o alegado através subsídios outros. Portanto, entendendo haver necessidade comprovação, não se deve, simplesmente, *extinguir o feito sem julgamento do mérito* por falta de legitimidade para a causa. Cumpre ao juízo, em observância do *Princípio da Cooperação* e também face ao *Princípio da Economia Processual*, abrir prazo para manifestação da Defensoria Pública, oportunidade na qual poderá se manifestar sobre a questão.

6.3 CUSTOS *VULNERABILIS* E *AMICUS COMMUNITAS*

A evolução do entendimento sobre a Defensoria Pública e o estudo de suas funções resultou no surgimento de algumas expressões relacionadas à instituição. É o caso, por exemplo, do termo "*hipossuficiente*", utilizado para designar o necessitado, ou seja, aquele que não possui recursos para promover ou fazer com que se promova sua defesa. Esta última expressão acabou se vinculando demasiadamente à ideia de *incapacidade econômica* para a contratação de advogado, motivo pelo qual é preferível a utilização das expressões "*necessitados*" ou "*vulneráveis*", as quais melhor designam os destinatários dos serviços de assistência jurídica pública, já que a necessidade não se resume à insuficiência financeira, conforme foi explicado nos tópicos anteriores.

Dentre as expressões relacionadas à Defensoria Pública, destaco duas que julgo de fundamental importância para o entendimento do papel desta instituição autônoma. O artigo 134 da Constituição Federal estabelece a Defensoria Pública como *expressão e instrumento do regime democrático*, tendo como atribuição a promoção dos direitos humanos e a defesa dos necessitados. Nesse contexto, o papel da Defensoria Pública se insere na busca da *inclusão democrática de grupos vulneráveis*, visando garantir sua participação e influência nas decisões político-sociais, de modo a não serem ignorados no processo de composição, manutenção e transformação da sociedade na qual estão inseridos. Em outros termos, a existência da instituição e suas funções se justificam pela necessidade de não se deixar pessoas (ou grupo de pessoas) necessitadas à margem do processo social, possibilitando sua real participação no jogo democrático. Daí o surgimento da expressão "***amicus communitas***"[23], representando a ideia daquele que age em defesa de determinada parcela do corpo social, ou seja, de certa comunidade. Liga-se à ideia de "expressão e instrumento do regime democrático", constante no artigo 134 da Constituição Federal.

23. Após a primeira edição desta obra verificou-se debate acerca da correta grafia do termo em latim, se "amicus communitas" ou "amicus communitatis". Em debate com o colega Maurílio Casas Maia, concluímos que ambos podem ser utilizados, forma adequada ao genitivo, para designar a ideia.

Cabe, portanto, à Defensoria Pública, dar voz aos necessitados. A necessidade, que não é somente de ordem econômica, revela-se quando se verifica algum tipo de vulnerabilidade. A Defensoria Pública, assim, deve ser compreendida como órgão incumbido da defesa dos vulneráveis ou, em outros termos, instrumento voltado à garantia da ampla defesa e do contraditório para pessoas e comunidades vulneráveis, como uma espécie de "**custos vulnerabilis**" (guardião dos vulneráveis).

As expressões *custos vulnerabilis* e *amicus communitas* se complementam e conjugadas dão uma visão global da Defensoria Pública e de suas atribuições, podendo até ser entendidas como sinônimas, a partir de uma leitura geral do artigo 134 da Constituição Federal. Como veremos no tópico seguinte, as expressões (ou seus significados) encontram-se interligadas, inclusive em razão de suas origens, que decorrem de estudos iniciados no ano de 2013 e desenvolvidos por Maurílio Maia, juntamente com este autor e com os professores Bheron Rocha e Daniel Gehard, dentre outros.

As expressões não guardam exclusividade. Diversos são os atores que salvaguardam direitos, à sua maneira, dentro de sua missão. Não se trata de uma função exclusiva de um órgão ou instituição. Na Constituição Federal são expressamente previstas duas instituições públicas, dentre as funções essenciais à Justiça, quais sejam, a Defensoria Pública e o Ministério Público. Este último guarda a ordem jurídica, de maneira mais genérica, abstrata e geral, bem por isso é denominado de *custos iuris* (no que podemos também denominar de *amicus iuris*), enquanto o *custos vulnerabilis* (ou *amicus communitas*) serve para designar aquele que exerce um papel mais concreto, voltado a pessoas ou comunidades, que eventualmente podem inclusive chegar a alcançar a sociedade como um todo, como os consumidores. Ao fim e ao cabo, ambas (MP e DP) atuam enquanto *custos societates* (guardião da sociedade), dentro de suas missões constitucionais. Bem por isso, existem pontos convergentes de atuação (por exemplo, atuação em litisconsórcio ativo em uma ação civil pública), assim como pode ocorrer de encontram-se em polos opostos (por exemplo, atuação da Defensoria Pública em defesa de uma comunidade que sofre ação de reintegração de posse ajuizada pela Ministério Público).

Amicus communitas	**A Defensoria Pública (diferentemente do Ministério Público – *custos iuris* ou *amicus iuris* –, que guarda a ordem jurídica de maneira mais genérica, abstrata e geral) exerce um papel mais concreto, voltado a pessoas ou comunidades, que eventualmente podem inclusive chegar a alcançar a sociedade como um todo, como os consumidores.** **Liga-se à ideia de "expressão e instrumento do regime democrático", constante no artigo 134 da Constituição Federal.**
Custos *vulnerabilis*	**A Defensoria Pública deve atuar quando identificado algum tipo de vulnerabilidade, inclusive de forma interventiva.** **Liga-se à missão trazida pelo texto constitucional para a instituição, do que decorre o poder-dever de atuação enquanto terceiro interveniente em certos processos, a partir do disposto no *caput* do artigo 134 da Constituição Federal.**
• **As expressões se complementam e conjugadas dão uma visão global da Defensoria Pública e de suas atribuições, podendo até ser entendidas como sinônimas, a partir de uma leitura geral do artigo 134 da Constituição Federal[24].**	

24. Bheron Rocha liga a expressão *amicus communitas* à atuação da Defensoria Pública como legitimado extraordinário, quando atua em nome próprio, mas em defesa de interesses e direitos de indivíduos e grupos vulneráveis, como na ação civil pública para proteção de direitos difusos. Já a expressão *custos vulnerabilis*, conforme anota Bheron, estaria mais ligada à atuação da instituição em nome próprio, em razão de missão institucional de promoção dos direitos humanos, assim como na atuação como assistente ou interveniente em processo civil ou penal que esteja em causa demanda que pode ter cunho coletivo ou também exclusivamente individual, mas relacionado à dignidade humana e aos direitos fundamentais da pessoa, como atuação paralela, complementar ou suplementar ao advogado constituído (ROCHA, Bheron. *Legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar*

- **As expressões não guardam exclusividade, já que não se trata de uma função exclusiva de um órgão ou instituição. Diversos são os atores que salvaguardam direitos, à sua maneira, dentro de sua missão. Na Constituição Federal são expressamente previstas duas instituições públicas, dentre as funções essenciais à Justiça, quais sejam, a Defensoria Pública e o Ministério Público. Este último guarda a ordem jurídica, de maneira mais genérica, abstrata e geral, bem por isso é denominado de *custos iuris* (no que podemos também denominar de *amicus iuris*), enquanto o *custos vulnerabilis* (ou *amicus communitas*) exerce um papel mais concreto, voltado a pessoas ou comunidades, que eventualmente podem inclusive chegar a alcançar a sociedade como um todo, como os consumidores.**

Neste ponto, é importante ter em mente que *a expressão "custos vulnerabilis" possui dois significados*. Primeiramente, é utilizada em um sentido genérico (*custos vulnerabilis em sentido genérico*), para representar a *missão* da instituição, ou seja, a incumbência que foi atribuída constitucionalmente à Defensoria Pública pela Constituição Federal para tutelar os direitos das pessoas vulneráveis, designadas pelo texto constitucional como "necessitadas".

Em uma segunda acepção, o termo (custos vulnerabilis) é utilizado para designar a *intervenção* da Defensoria Pública enquanto terceiro interessado no processo, o que será detalhado no tópico seguinte. Para fins didáticos, utilizarei o termo "*intervenção custos vulnerabilis*" para fazer referência a este segundo significado.

6.4 ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO TERCEIRO INTERVENIENTE – INTERVENÇÃO CUSTOS *VULNERABILIS*

Partindo da compreensão da Defensoria Pública como órgão incumbido da defesa dos vulneráveis é possível identificar situações nas quais a atuação processual da instituição deve ocorrer enquan-

---

ação civil pública tendo por objeto direitos transindividuais. Apud LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado.* 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 1647).

to terceiro interveniente, por meio do que se pode denominar de *intervenção custos vulnerabilis*[25].

O papel da Defensoria Pública se insere na busca da inclusão democrática de grupos vulneráveis, visando garantir sua participação e influência nas decisões político-sociais, de modo a não serem ignoradas no processo de composição, manutenção e transformação da sociedade na qual estão inseridos. Não é por acaso que o artigo 134 da Constituição Federal estabelece a Defensoria Pública como expressão e instrumento do regime democrático[26].

Como expressão e instrumento do regime democrático compete à Defensoria Pública dar voz à pessoa ou a grupo de pessoas necessitadas, a fim de que seus anseios possam ser ouvidos e considerados nas esferas de decisão, seja no Legislativo, através, por exemplo, dos debates no processo de elaboração de leis, do Executivo, quanto da eleição, criação e, especialmente, execução de políticas públicas ou do Judiciário, dentro de processos que podem irradiar consequências para o âmbito da pessoa ou da coletividade representada.

Na própria legislação ordinária são previstos expressamente instrumentos que permitem a intervenção processual da Defensoria Pública (por exemplo, como *parte*, colegitimada em ação coletiva ajuizada por outro legitimado – art. 5º, §2º da LACP; ou na qualidade de *amicus curiae* – art. 148 do CPC etc.).

Além destes casos, não se deve desconsiderar a possibilidade de intervenção de forma anômala (ou inominada), na qualidade de *terceiro interessado* (*intervenção custos vulnerabilis*), como decorrência do exercício do papel de *guardiã dos vulneráveis*, sempre que a demanda possa surtir efeitos nas esferas do indivíduo ou grupo necessitados.

Com efeito, a Defensoria Pública é instituição multifacetada. Em seu atuar multifacetado, assume, utilizando-se a expressão de

25. O uso da expressão *custos vulnerabilis* é encontrado, primeiramente, nos escritos de Maurílio Casas Maia.

26. A partir desta pré-compreensão foi cunhada a expressão *amicus communitas*, pelo jus-filósofo e professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas (FD/UFAM), Daniel Gerhard, desenvolvida juntamente com este autor e com Maurílio Casas Maia, dentre outros, posteriormente.

Bheron Rocha, "posições processuais dinâmicas"[27]. Sendo assim, considerando-se suas diversas posições jurídico-processuais, pode atuar processualmente enquanto: (1) parte, em nome próprio, seja propondo a ação ou quando pleiteia o ingresso em ação proposta por outra instituição (litisconsorte); (2) representante da parte, quando, por exemplo, patrocina ação representando uma pessoa necessitada; (3) terceiro interveniente, interessado no cumprimento de seu fim institucional. Neste caso, "se adequariam a um conceito de parte em sentido mais amplo, para além do conceito tradicional, por serem interessados em determinada solução da demanda"[28].

O mandamento inserido no artigo 554, §1º do Código de Processo Civil é exemplo de *intervenção custos vulnerabilis* expressamente prevista na lei, ao determinar a intimação da Defensoria Pública em demandas judiciais possessórias em que figure no polo passivo grande número de pessoas necessitadas. Nestes casos, portanto, haverá uma intervenção processual da instituição, com vistas a garantir o contraditório da comunidade vulnerável.

Exemplificativamente, a aplicação do dispositivo constante no Código de Processo Civil garantiu a intimação e o ingresso da Defensoria Pública de São Paulo em um processo de reintegração de posse contra sessenta e cinco famílias carentes que haviam recebido ordem liminar de despejo[29]. A Defensoria Pública foi intimada a se manifestar no processo logo após a concessão da liminar de reintegração de posse, obtendo uma ordem do Tribunal de Justiça para suspender a decisão.

A atuação interventiva inominada, como guardiã dos vulneráveis (*intervenção custos vulnerabilis*), não se resume aos casos do artigo 554, §1º do CPC. Esta observação é válida, também, para se afastar possível equívoco no sentido de se apontar este dispositivo como fundamento único e último para a *intervenção custos vulnerabilis*.

---

27. ROCHA, Bheron. *O RE 593.818, o defensor público natural e a atuação custos vulnerabilis.* Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-abr-10/re-593818-defensor-publico-natural-atuacao-custos-vulnerabilis. Acesso em 10.05.2019.
28. MAIA, Maurílio Casas. *A intervenção de terceiro da Defensoria Pública nas ações possessórias multitudinárias do NCPC: colisão de interesses (art. 4º-A, V, LC N. 80/1994) e posições processuais dinâmicas.* In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). Novo CPC – doutrina selecionada. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 1253.
29. A ação teve curso na 14ª Vara Cível do Foro de Santo Amaro.

Com efeito, a *intervenção custos vulnerabilis*, enquanto terceiro interveniente interessado no resultado do processo, possui fundamento normativo-constitucional, a partir de uma leitura do perfil e dos objetivos constitucionalmente atribuídos à Defensoria Pública. A *Constituição Federal*, consoante o que consta nos *artigos 134 e 5º, inciso LXXIV*, dispõe a Defensoria Pública como expressão e instrumento do regimento democrático, responsável pela promoção dos direitos humanos e pela defesa dos necessitados ou, em outros termos, dos vulneráveis (aqueles que possuem insuficiência de recursos para acessar a justiça). A intervenção, portanto, decorre diretamente do texto constitucional, com vistas a se alcançar a missão atribuída à instituição, justificando admitir-se a participação da Defensoria Pública nos processos jurisdicionais, individuais e coletivos, como *custos vulnerabilis*[30]para promover a tutela jurisdicional adequada dos interesses que lhe são confiados pelo modelo constitucional de assistência jurídica.

Se a Constituição outorga determinada atividade-fim significa dizer que também concede todos os meios necessários para a realização dessa atribuição (*teoria dos poderes implícitos*[31]). A par da teoria dos poderes implícitos, a Lei Complementar 80 aduz que a Defensoria Pública exerce a defesa dos interesses individuais e coletivos de grupos sociais vulneráveis, no *artigo 4º, XI da Lei Complementar 80/94*, podendo, para tanto, utilizar todas as medidas e espécies de ações para propiciar a adequada tutela de seus direitos, nos termos do *artigo 4º, incisos V e VII da LC 80/94*. Ou seja, para a consecução de seu fim institucional a Defensoria Pública pode utilizar-se de todos as medidas processuais necessárias.

O *Código de Processo Civil*, em seu *artigo 18*, disciplina que ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico. Trata-se de legitimidade extraordinária, também chamada de legitimação anômala ou substituição

30. "Similarmente à atuação do Ministério Público na qualidade de custos legis ou, como pertinentemente prefere o CPC de 2015, fiscal da ordem jurídica" (BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil.* 20. ed. São Paulo: Saraiva).

31. A doutrina dos poderes implícitos foi utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, dentre outros, em casos envolvendo a possibilidade de o Ministério Público realizar investigação criminal (RE 593.727/MG) e de o Tribunal de Contas da União expedir medidas cautelares (MS 26547 MC / DF).

processual. Neste sentido, havendo autorização para que a Defensoria Pública exerça a defesa dos interesses individuais e coletivos de grupos sociais vulneráveis, no artigo 134 da Constituição Federal e no *artigo 4º, XI da Lei Complementar 80/94*, podendo utilizar todas as medidas e espécies de ações para propiciar a adequada tutela de seus direitos, nos termos do *artigo 4º, incisos V e VII da LC 80/94*, o dispositivo processual acabou por referendar mais uma forma de *intervenção custos vulnerabilis*, quando a Defensoria Pública poderá pleitear, em nome próprio, direito de vulneráveis, atuando como terceiro interveniente em um processo judicial.

Como exemplo prático da questão aqui em deslinde, a Defensoria Pública da União requereu ingresso em ação coletiva por ato de improbidade administrativa, em curso na 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Santarém[32], na qualidade de instituição essencial à função jurisdicional do Estado e guardiã dos direitos humanos, em razão de possíveis irregularidades na construção e melhorias de unidades habitacionais, implantação de rede de energia elétrica, esgoto sanitário, pavimentação, drenagem superficial e construção de equipamentos comunitários em bairros daquela cidade, diante da vulnerabilidade dos moradores, pleiteando, inclusive, pela necessidade de serem ouvidos e considerados seus argumentos, já que eram os principais prejudicados pelas condutas apuradas nesta demanda.

A jurisprudência já vem identificando situações que admitem, quando não exigem, a intervenção do órgão. Nesse sentido, o juízo da segunda vara de Maués/AM, em decisão[33] pioneira, admitiu a atuação da Defensoria Pública como terceiro interveniente em processo individual, na qualidade de instituição interessada na formação de precedente e estabilização da jurisprudência em favor dos consumidores, reconhecidos como vulneráveis pela própria legislação consumerista.

Em ação possessória multitudinária, ocorreu o ingresso da Defensoria Pública no processo enquanto órgão interveniente. A decisão da 2ª Vara de Falências e Recuperação Judicial de Curitiba/PR acolheu pedido fundamentado no interesse constitucional

32. Processo 0003368-58.2015.4.01.3902.
33. Processo 0001622-07.2014.8.04.5800, datada de 11 de abril de 2016.

da Instituição (art. 134, CRFB/88)[34], determinando a "intimação para que se manifeste no processo na qualidade de interveniente".

Em outro caso, a Justiça Federal no Rio Grande do Sul intimou a Defensoria Pública para ingressar em processo e intermediar na solução de conflito entre o Departamento Nacional de Infraestrutura e Transportes (DNIT) e a Associação de Moradores Campos Verdes, em razão da presença de sessenta e sete famílias que ocupavam imóvel de propriedade do DNIT, mesmo estando (a associação) representada por advogado. A atuação resultou em acordo pacífico entre as partes.

Ainda neste contexto, o reconhecimento de *hipossuficiência social* como fator de intervenção defensorial autorizou o ingresso da instituição em ação multitudinária passiva envolvendo ocupação supostamente irregular por grupo moradores que se encontravam sob risco social e ausentes de diversos direitos básicos[35].[36]

Com efeito, *é válida a decisão judicial que autoriza o ingresso na lide da Defensoria Pública, como custos vulnerabilis*, na linha do que decidiu o Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR – 17ª C.Cível - AI – 1733658-2 - Paranaguá - Rel.: Rosana Amara Girardi Fachin – Unânime – J. 01.08.2018, DJe 10/8/2018).

Situação interessante verificou-se no julgamento do Habeas Corpus Coletivo - HCC 143.641, impetrado pelo Coletivo de Advogados de Direitos Humanos perante o Supremo Tribunal Federal - STF, que visava dar interpretação ao artigo 318 do Código de Processo Penal – CPP, referente à possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar quando o caso envolvesse mulheres gestantes, puérperas ou com filhos sob sua dependência, à luz requisitos da Lei da Primeira Infância (13.257/2016), que alterou o citado artigo[37].

Neste caso, houve pedido de ingresso de diversos ramos da Defensoria Pública, com fundamento na tese do *custos vulnerabilis*,

---

34. Processo 0000073-22.2016.8.16.0185, 2º Vara de Falências e Recuperação Judicial de Curitiba/PR. Decisão datada de 19.07.2016.
35. Processo n. 0000645-93.2016.8.04.6301 – 2ª Vara da Comarca de Parintins/Amazonas.
36. Estes e outros precedentes têm sido catalogados por Maurílio Casas Maia. Alguns foram divulgados por ele na revista eletrônica Empório do Direito.
37. O Supremo Tribunal Federal tem admitido o cabimento de *habeas corpus coletivo*, conforme se verifica no próprio HCC 143.641 e no HCC 143.988.

sendo a intervenção processual admitida: em relação às Defensorias Públicas Estaduais, como assistentes simples na demanda; em relação à Defensoria Pública da União, como autora/impetrante[38].

A assunção do polo ativo pela Defensoria Pública, apesar de não ter não ter ajuizado o remédio constitucional, justificou-se por se entender que, tratando-se de demanda coletiva, a legitimidade deve ser extraída, por analogia e similitude, da lei que trata do mandado de injunção coletivo (Lei 13.300/2006, artigo 12, inciso IV).

A incompreensão acerca desta faceta de atuação da Defensoria Pública tem gerado críticas no sentido de que o órgão pretende, com isso, usurpar a função de outros que, supostamente, seriam mais qualificados para o desempenho do múnus. A crítica não difere daquela que é feita, de forma mais genérica, à atuação no processo coletivo em geral, decorrendo da ausência de maior reflexão sobre a temática.

Acerca disso, afastando questões político-institucionais, não subsistem muitos argumentos sólidos. A ordem democrática e o Princípio do Acesso à Justiça nos impulsionam para uma ampliação cada vez maior dos legitimados coletivos, em homenagem e como corolário da norma principiológica.

Demais disso, a atuação da Defensoria Pública nestes casos (como interveniente), no mais das vezes, ocorre em defesa de parcela da população desassistida em seus interesses no campo processual. É comum, por exemplo, que o Ministério Público esteja em posição contrária aos interesses de grupo ou comunidade minoritária, como, por exemplo, nas inúmeras ações de reintegração de posse multitudinárias ajuizadas pelo órgão ministerial. Assim, o desempenho da função institucional pela Defensoria Pública, ao invés de sobrepor-se, vem a complementar a tutela de direitos, nada obstante existam pontos de atuação em comum dentre os diversos atores do sistema de justiça (inclusive e especialmente no tocante ao processo coletivo).

38. Sobre o tema, ver: FILHO, Edilson Santana Gonçalves; ROCHA, Jorge Bheron. *STF admite legitimidade da Defensoria para intervir como custos vulnerabilis*. Revista Consultor Jurídico - COJUR. Disponível em https://www.conjur.com.br/2018-abr-04/legitimidade-defensoria--intervir-custos-vulnerabilis. Acesso em 11.08.2018.

Outras objeções levantadas se referem ao uso do latim, à ausência de base normativa para a intervenção, à natureza jurídica do instituto e à forma de intervenção. Quanto à terminologia, é comum e faz parte da tradição jurídica, inclusive no Direito brasileiro, o uso de expressões em latim. Por exemplo, a expressão "habeas corpus" é originária do latim e serve, ainda hoje, para designar o remédio constitucional. Nada impede, além disso, que seja usada alguma expressão na língua portuguesa, como *guardião dos vulneráveis*, motivo pelo tal crítica não se mostra relevante. De toda sorte, a expressão *custos vulnerabilis* é a que melhor designa a ideia.

Quanto aos demais pontos penso que já foram enfrentados linhas atrás. Como se viu, a intervenção conta com base normativa, seja como decorrência da teoria dos poderes implícitos, como se apontou nos estudos iniciais sobre o tema, seja em razão da legislação mencionada, tratando-se de intervenção com vistas ao efetivo desempenho da missão constitucionalmente atribuída à instituição – ou seja, como expressão e instrumento do regime democrático, a promoção dos direitos humanos e a defesa dos necessitados, cf. art. 134 da CF/88 - (natureza jurídica). A forma de intervenção ocorre, exatamente, enquanto *custos vulnerabilis* (a própria expressão designa esta forma de atuação que, antes de seu surgimento, já exista, posto que decorrente do regime jurídico institucional, porém, era inominada e pouco explorada. Daí porque me referi à "intervenção de forma anômala (ou inominada)" no início deste tópico.

Pontua-se que a atuação interventiva da Defensoria Pública pode ocorrer não só na esfera cível. No âmbito da execução penal, por exemplo, a situação é visualizada com bastante facilidade, já que, conforme determina a lei de execuções penais (7.210/84), a Defensoria Pública é órgão de execução penal (Art. 61, III), o que revela sua aptidão e a necessidade de intervenção em processos dessa natureza, para a defesa de direitos de pessoas custodias, bem por isso, vulneráveis. É que, conforme informam as *100 Regras de Brasília para o Acesso à Justiça de Pessoas em Condição de Vulnerabilidade* a "privação da liberdade, ordenada por autoridade pública competente, pode gerar dificuldades para exercer com plenitude perante o sistema de justiça os restantes direitos dos quais é titular a pessoa privada da liberdade".

Imagine-se, por exemplo, ação movida pelo Ministério Público, também órgão de execução penal, em face da União, visando reconhecer que não há direito a visitas íntimas às pessoas detidas em penitenciárias federais. Trata-se de demanda, portanto, que atingirá, indistintamente, todos aqueles que se encontrem custodias no sistema penitenciário federal, devendo haver a intervenção da Defensoria Pública a fim de que se possa estabelecer o contraditório em favor do grupo vulnerável.

6.5 ATUAÇÃO COLETIVA EM DEFESA DOS MOVIMENTOS SOCIAIS (DESORGANIZADOS)

Como já escrito no segundo capítulo desta obra, o acesso à justiça, previsto como direito fundamental na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (Art. 5º, XXXV da CF/88), necessita de instrumentos para sua efetivação, que se denominam, na doutrina constitucionalista, garantias fundamentais. A Defensoria Pública (Art. 134 da CF/88), a um só tempo direto e garantia fundamental, é, assim, ferramenta de efetivação da norma, igualmente essencial, voltada ao acesso à justiça.

Sem a garantia, portando, a preceito normativo torna-se letra morta. O cientista político Ferdinand Lassale já afirmava a existência, dentro do Estado, de duas Constituições: uma real (efetiva) e outra escrita. A Constituição real não se resume ao texto normativo, mas aos fatores reais de poder, motivo pelo qual quem faz a Constituição são os detentores do poder (jurídico, econômico, político etc.).

Se a Constituição escrita não equivaler à constituição real, para Lassale, ela não passa de uma "folha de papel". A Constituição escrita só tem alguma efetividade a partir do momento que corresponde à realidade (aos fatores reais de poder):

> "Assim sendo, quando se pode dizer que uma Constituição escrita é boa e duradoura?
> A resposta é clara e se origina logicamente por quanto deixamos exposto: quando esta Constituição escrita corresponde à *Constituição real*, a qual tem suas raízes nos fatores reais de poder que regem o país. Onde a *Constituição escrita* não corresponde à real, estoura inevitavelmente um conflito que

> não há maneira de evitar e no qual, passado algum tempo, mais cedo ou mais tarde, a Constituição escrita, a folha de papel, terá necessariamente de sucumbir perante o empuxo da Constituição real, das verdadeiras forças no país"[39].

A atuação da Defensoria Pública insere o vulnerável dentre os fatores reais de poder (influenciando na criação de normas e programas políticos). Além disso, contrapondo-se, de certo modo, à ideia de Lassale, é capaz de modificar a própria realidade político-social do Estado a partir da concretização das disposições escritas na Carta Maior[40]. A Defensoria Pública, destarte, *custos vulnerabilis, custos plebis* ou *amicus communitas,* qualificada como garantia fundamental, é instrumento por meio do qual o direito ao acesso à justiça pelo necessitado se transpõe da mera literalidade para o mundo real. A instituição efetiva o texto constitucional voltado aos necessitados.

É capaz e tem a missão, dessa forma, de realizar caminhos de mão dupla, transformando a realidade para influenciar na criação da regra jurídica escrita e alterando o mundo real a partir de disposições já contidas nas normas postas.

Essa implementação de direitos dos necessitados se verifica tanto no campo individual quanto coletivo. No último caso, destaco a *defesa do polo passivo desorganizado*. Camilo Zufelato[41] e Aluísio Iunes Monti Rugerri Ré[42], entre outros, têm defendido que é obrigatória a intervenção institucional por meio da intimação prévia e inicial da Defensoria Pública nas ações judiciais contra grupo de pessoas necessitadas, despidas de organização associativa ou sindical, sob pena de nulidade, posição defendida, também, pelo núcleo especializado em cidadania e direitos humanos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

Nesse contexto, os movimentos sociais, compostos, em geral, por pessoas economicamente necessitadas ou carentes de capaci-

39. LASSALE, Ferdinand. *O que é uma constituição?* Traduzida por Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica (Líder), 2001. p. 63.
40. Para a concepção sociológica de Ferdinand Lassale a Constituição deve descrever a realidade política do país, sob pena de não ter efetividade (mera folha de papel). Bem por isso, o conceito nega que a Constituição possa mudar a realidade.
41. *Coisa julgada coletiva.* 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
42. *Manual do defensor público: teoria e prática.* 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

dade organizacional, por isso vulneráveis, precisam da atuação da Defensoria Pública (Art. 5º, LXXIV da CF/88), o que deve ser observado pelo Poder Judiciário, por meio da intimação da instituição, inclusive como forma de garantir a inclusão jurídica e democrática.

É o caso, por exemplo, das passeatas, marchas, manifestações públicas (como as ocorridas durante a copa do mundo no Brasil), ocupações de áreas públicas ou privadas para fins de moradia etc., todas envolvendo grupos carentes de quadro estrutural organizado. Em outros termos, são *movimentos sociais desorganizados*, que não se resumem à mera ocupação irregular, mas representam movimentos sociais legítimos voltados à manifestação de ideias ou concretização de ideais. Como exemplo concreto de atuação da Defensoria Pública neste contexto é digno de menção a atuação em favor das pessoas em situação de rua, como é o caso da *Ronda de Direitos Humanos* (Rondadh), iniciativa realizada através de atuação conjunta entre DPU e DPE/RJ, que percorre as ruas da cidade do Rio de Janeiro para identificar denúncias de maus tratos à população de rua por agentes do poder público; e da ação civil pública ajuizada pelos defensores públicos Renan Vinicius Sotto Mayor de Oliveira e Thales Arcoverde Treiger, julgada procedente para incluir esta população no censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE[43].[44]

Não é incomum que tais grupos sejam estigmatizados, sendo veemente reprimidos, inclusive, e em muitos casos, por meio de decisões liminares, sem oportunidade de manifestação prévia nos autos. *A intimação Defensoria Pública, bem por isso, é imprescindível para assegurar o devido processo constitucional, por meio de uma tutela jurisdicional adequada, evitando-se, assim, decisões injustas que superprotegem, em muitas situações, a manutenção do status quo social* (como a propriedade, por exemplo) em detrimento e hipotrofia de outros direitos igualmente fundamentais (como a moradia).

43. Processo 0019792-38.2018.4.02.5101 - 21ª Vara Federal do Rio de Janeiro.
44. Não se desconhece o extraordinário trabalho desenvolvido pelo Movimento Nacional da População de Rua - MNPR. Nada obstante, para fins do raciocínio aqui apresentado, a população em situação de rua se enquadra no conceito de coletividade desorganizada, especialmente em razão da ausência de identificação oficial e confiável do número de pessoas que a compõe em todo o país, o que gera uma espécie de invisibilidade, além da dificuldade de se alcançar pessoas que se encontram em locais cujo acesso é mais dificultoso.

A disposição contida no artigo 4º, X e XI da Lei Complementar 80/1994 e a redação dada ao artigo 134 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional 80/2014 já revelavam, de forma mais ampla, a legitimidade e a necessidade de atuação da Defensoria Pública em prol dos movimentos sociais desorganizados, *tanto no polo ativo quanto no passivo*, quando previram incumbir ao *custos vulnerabilis* (a) a promoção dos direitos humanos, (b) a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados - abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela, (c) e a *defesa dos interesses individuais e coletivos de grupos sociais vulneráveis*:

> Lei complementar 80/1994. Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: X – promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela; XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros *grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado*.

Conclui-se, destarte: a) a Defensoria Pública é instituição voltada e legitimada para a defesa (no polo ativo ou passivo) dos direitos de grupos que compõem movimentos sociais desorganizados; b) quando demandados no polo passivo, é direito fundamental de tais grupos a intimação prévia da Defensoria Pública, *ab initio* (ainda antes de eventual deferimento liminar).

6.6 AÇÃO POSSESSÓRIA COLETIVA PASSIVA – A PREVISÃO CONTIDA NO ARTIGO 554, §1º DO CPC

Seguindo a linha do que foi exposto em tópico anterior, restou positivado no Código de Processo Civil de 2015 determinação para que seja obrigatoriamente citada a Defensoria Pública no caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de indivíduos e envolva pessoas em situação de hipossuficiência (art. 554, §1º do CPC).

Em outros termos, a necessidade de intimação da Defensoria Pública em ações possessórias coletivas passivas[45] restou positivada no Código de Processo Civil de 2015, no qual consta regra expressa determinando a obrigatoriedade intimação do órgão em ação possessória em que: (a) figure no polo passivo grande número de indivíduos; (b) envolva pessoas em situação de hipossuficiência:

> Art. 554. § 1º No caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública.

Trata-se, a meu ver, de intervenção anômala (ou inominada), decorrente da imperiosidade de se garantir efetivo contraditório, em decorrência do perfil de *custos vulnerabilis* da instituição (*intervenção custos vulnerabilis)*. No caso do artigo 554, a intervenção *defensorial* se faz necessária para garantir o direito à moradia - ainda que por meio de reassentamento - ou, até mesmo, direitos inerentes ao próprio procedimento de remoção, a fim de evitar atos de violência, de que seja realizado estudo social sobre o grupo e seus integrantes, suas origens, peculiaridades etc. Tudo em busca de salvaguardar os direitos da comunidade vulnerável.

A crítica à novel disposição legal fica por conta da tentativa de vincular a atuação, nesses casos, à presença de necessidade financeira. A vista do que já explicitamos em linhas anteriores, não obstante o legislador tenha se referido à "hipossuficiência econômica", a notificação da Defensoria deve ocorrer também em situações de necessidade organizacional e outras, ou seja, sempre que

45. Invocando o argumento de inexistência de ações coletivas passivas, em razão da falta de previsão legal expressa, alguns preferem classificar a ação prevista no artigo em análise como possessória multitudinária. Em defesa da existência de ações coletivas passivas: DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de direito processual civil.* Vol. IV. 8. Ed. Salvador: Juspodivm, 2013. Adotando posição intermediária, Franklyn Roger Alves Silva anota que possivelmente o artigo 554, §1º do novo CPC traz um embrião de uma ação coletiva passiva (*Novo CPC prevê atuação da Defensoria em ação possessória multitudinária.* Disponível em: *http://www.conjur.com.br/2015-dez-08/tribuna-defensoria-atuacao-defensoria-publica--acoes-possessorias-multitudinarias.* Acesso em 15.02.2015).

houver vulnerabilidade, realizando-se interpretação constitucional, ampliativa e *pro homine* do dispositivo.

Acerca disso, observa-se, inclusive, que não pode a regra legal limitar a norma constitucional de *eficácia plena* (não se trata, portanto, de norma de eficácia contida ou limitada) constante no artigo 5º, LXXIV e 134 da Constituição Federal, de forma que entender o artigo processual de forma restrita, afastando a necessidade de intimação em casos outros (para além da questão da hipossuficiência econômica) configuraria situação de inconstitucionalidade. Em termos simples e direto: o Código de Processo Civil não pode limitar o que não foi constitucionalmente limitado.

É que, conforme já observado em páginas anteriores, a Constituição Federal, ao referir-se à Defensoria Pública, vincula sua atuação aos necessitados de recursos, estes que, nem sempre, são de ordem financeira. Não se encontra no texto constitucional, portanto, vinculação aos necessitados de recursos *econômicos*[46].

Sendo assim, foi infeliz o legislador ao eleger o texto do novo código, sendo preciso que o intérprete, a fim de preservar a norma, deixe irradiar os valores constitucionais fundamentais sobre a regra infraconstitucional, para concluir que não somente no caso de grupo necessitado de recursos econômicos a intimação da Defensoria Pública se impõe, mas também em outras situações onde esteja presente a vulnerabilidade[47].

46. Sobre o assunto, ver: A Defensoria Pública e a Defesa do Vulnerável – Quem é o necessitado?

47. Neste sentido, a Escola Superior da Defensoria Pública da Bahia, através da Portaria ESDEP 005/2016, aprovou o seguinte enunciado:
13 – A expressão 'pessoas em situação de hipossuficiência econômica' do art. 554, §1º, do Código de Processo Civil, deve ser interpretada considerando-se os diversos níveis de vulnerabilidade e necessidade das pessoas, atuando a Defensoria Pública na condição de custos vulnerabilis.

CAPÍTULO VII

AÇÃO CIVIL PÚBLICA E DEFENSORIA PÚBLICA – TEORIA GERAL DA LEGITIMIDADE INSTITUCIONAL

Antes da Lei 11.448 de 2007 o quadro não era favorável à legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ações coletivas. Parte da doutrina sustentava, todavia, que em alguns casos a Defensoria poderia promover ação coletiva na qualidade de *representante* judicial, como, por exemplo, no caso envolvendo associação constituída há pelo menos um ano que, sendo hipossuficiente, necessitasse de assistência jurídica para ajuizamento da ação.

Isso se justificava em razão de que a própria associação (parte no processo) seria legitimada para a causa, nos termos do artigo 5º da Lei 7.347/85, dando, portanto, ensejo à representação por meio da atuação institucional.

Outra possibilidade era apontada em razão da previsão contida no artigo 82, III da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que prevê a legitimação de órgãos de defesa do consumidor, ainda que despersonalizados, para o patrocínio de direitos e interesses tratados pelo CDC. Nesse sentido, bastava que a respectiva Defensoria designasse, por ato interno, órgão para atuar na tutela de tais direitos, a exemplo dos *Núcleos de Direito do Consumidor*, existentes em diversas Defensorias[1]. Demais disso, a própria previsão contida no, já revogado, artigo 4º, XI da Lei Complementar

1. Fredie Didier e Hermes Zaneti citam o Núcleo de Defesa do Consumidor da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro como precursor destas ações (DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 4v. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 221).

80/1994, em conjugação com a norma do CDC, estaria a autorizar a atuação.[2]

Considerando a previsão contida nos artigos 21 da Lei da Ação Civil Pública - LACP (Lei 7.347/85) e 90 do CDC (existência de um *microssistema de tutela coletiva*[3], composto por diplomas se comunicam), essa legitimação poderia ser estendida para outros temas, além do consumerista.

Com o advento da *Lei nº 11.448/07* restou alterada a lei que disciplina a Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), incluindo-se a instituição no rol de legitimados para o exercício da ACP:

> Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: II - a Defensoria Pública.

Em 2009, com a alteração promovida pela *Lei Complementar nº 132*, a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública – LONDP (*LC 80/1994*) passou a expressar, em seu texto, a Defensoria Pública como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos *direitos individuais e coletivos* (artigo 1º), incluindo, dentre seus objetivos, a primazia da dignidade da pessoa humana, a redução das desigualdades sociais e a prevalência e efetividade dos direitos humanos (artigo 3º-A).

Demais disso, dentre as funções institucionais da Defensoria Pública, destacou-se a de "*promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos* quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes"

---

2. Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: XI - patrocinar os direitos e interesses do consumidor lesado.
Com a alteração promovida pela Lei Complementar 132, o dispositivo passou a constar no inciso VIII, do mesmo artigo: VIII – exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.
3. A existência de um microssistema de processo coletivo é que nos dá embasamento para dissertar acerca de uma teoria geral de fundamentos da legitimidade da Defensoria Pública para processos coletivos, tendo por base as regras aplicáveis à Ação Civil Pública.
Sobre o tema "microssistema do processo coletivo" e sua definição, ver tópico específico em capítulo destinado a questões relevantes do processo coletivo.

e a de "promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, *coletivos*, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis *todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela*", consoante prevê expressamente os incisos VII e X do artigo 4º da LONDP.

Interessante notar que as previsões constantes na Lei Complementar 80 vieram, portanto, posteriormente à alteração da Lei da Ação Civil Pública, com o advento da Lei Complementar nº 132, de 7 de outubro de 2009, a qual alterou a LONDP.

Posteriormente, a legitimação para atuação coletiva restou constitucionalizada pela a Emenda Constitucional nº 80 de 2014, que abriu seção específica no texto constitucional (seção IV) para tratar da Defensoria Pública.

Referida Emenda, promulgada em 04/06/2014, alterou o artigo 134 do texto constitucional para nele dispor que "A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal".

Trouxe, portanto, para a Constituição Federal o que já constava na Lei Complementar 80 de 1994. Não restam dúvidas, portanto, que *a Defensoria Pública detém legitimidade para promover as mais variadas espécies de ações coletivas*.

No ano seguinte (2015) o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direita de Inconstitucionalidade 3943. Referida ADI houvera sido ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público em 2007 e contestava o artigo 4º, II da Lei da ACP, acima transcrito. Arguia, destarte, a constitucionalidade da previsão que inseriu de forma expressa na lei a legitimidade da Defensoria Pública para o manejo de Ações Civis Públicas (e, por via de consequência, de outras espécies de ações coletivas).

A ação foi julgada improcedente, por unanimidade, confirmando-se a constitucionalidade da previsão legal, que, à época da decisão, já restara, inclusive, constitucionalizada pela nova redação do artigo 134 da Constituição Federal. Vejamos a ementa do julgado:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ART. 5º, INC. II, DA LEI N. 7.347/1985, ALTERADO PELO ART. 2º DA LEI N. 11.448/2007). TUTELA DE INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS (COLETIVOS STRITO SENSU E DIFUSOS) E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DEFENSORIA PÚBLICA: INSTITUIÇÃO ESSENCIAL À FUNÇÃO JURISDICIONAL. ACESSO À JUSTIÇA. NECESSITADO: DEFINIÇÃO SEGUNDO PRINCÍPIOS HERMENÊUTICOS GARANTIDORES DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E DA MÁXIMA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: ART. 5º, INCS. XXXV, LXXIV, LXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE NORMA DE EXCLUSIVIDAD DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELO RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

Não satisfeita, a CONAMP apresentou Embargos de Declaração em 12/08/2015, defendendo que a legitimidade da Defensoria Pública somente deveria ser admitida quando houvesse *prévia* comprovação de hipossuficientes envolvidos e interessados. Na peça, há clara vinculação da necessidade ao aspecto econômico. Ou seja, pretendia-se que a legitimidade para a propositura de Ação Civil Pública pela Defensoria Pública estivesse condicionada à *prévia* comprovação da pobreza de potenciais beneficiários da ação.

Os embargos foram rejeitados por unanimidade pelo Tribunal, em sessão ocorrida em maio de 2018. Antes mesmo do julgamento, o Supremo já dava sinais da posição que seria adotada, a exemplo do que decidiu no Recurso Extraordinário 733.433, comentado nas linhas seguintes.

7.1 LEGITIMIDADE E A NATUREZA DOS DIREITOS: DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

No mês de novembro de 2015 restou julgado pelo Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário 733.433, oriundo de situação na qual o município de Belo Horizonte, réu em ação civil pública proposta pela Defensoria Pública de Minas Gerais, alegava que a Defensoria não detém legitimidade para o manejo de ações coletivas quando estas envolverem direitos difusos.

O debate não se restringia à ação mencionada. É que, aqueles que insistem em resistir à legitimidade da Defensoria Pública passaram a alegar que, ainda que se reconheça a atribuição da instituição para o manejo de ações coletivas, sobretudo após o advento da previsão contida na lei da ACP, a suposta necessidade de verificar previamente a vinculação dos efeitos da causa aos necessitados resta inviabilizada em situações envolvendo direitos difusos, pois que, nesses casos, não se mostra possível individualizar o grupo beneficiado e, por conseguinte, identificar sua hipossuficiência[4].

Em sede estadual o Tribunal de Justiça havia decidido, naquele caso, que a atuação da Defensoria Pública dispensaria a demonstração de hipossuficiência das pessoas tuteladas, tendo em vista a impossibilidade de individualizar os titulares dos direitos pleiteados.

O tema foi enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal através da ação supra referida, em sede de *repercussão geral*, por meio da qual se fixou tese nos seguintes termos:

> A Defensoria Pública tem legitimidade para a propositura da ação civil pública em ordem a promover a tutela judicial de direitos difusos e coletivos de que sejam titulares, em tese, pessoas necessitadas.

Isso quer dizer que não importa a natureza do direito material almejado, se difuso, coletivo ou individual homogêneo. Em qualquer caso há legitimidade da Defensoria Pública[5].

Sobre o assunto, escreveram Franklyn Roger Alves Silva e Diogo Esteves:

> "Do ponto de vista prático a Defensoria Pública também revela aptidão para a tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, principalmente por sua expertise no trato de atendimentos individuais, fator este de extrema relevância, se analisado do ponto de vista da liquidação e execução do título executivo judicial constituído pela Ação Civil Pública"[6].

4. Nesse sentido: GARCIA, Emerson. *A legitimidade da defensoria pública para o ajuizamento da ação civil pública: delimitação de sua amplitude. Breves apontamentos.* Revista do Ministério Público, Rio de Janeiro: MPRJ, out./dez. 2010, n.38.
5. Confirmando a legitimidade, também, para direitos individuais homogêneos: STJ. Terceira Turma. REsp 1449416/SC. DJe 29/03/2016.
6. ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da defensoria pública.* Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Não é diferente a posição que vem se consolidando no Superior Tribunal de Justiça. Conforme consta na ementa do AgRg no AREsp 67205/RS[7]:

> A jurisprudência desta Corte Superior é consolidada no sentido de que a Defensoria Pública tem legitimidade para propor ações coletivas na defesa de direitos *difusos, coletivos ou individuais homogêneos*[8].

A indeterminabilidade dos beneficiários da proteção jurídica, dada a natureza difusa do direito, não se presta a justificar recusa à legitimidade para o ajuizamento da ação coletiva, especialmente diante do preceito do acesso à justiça (art. 5º, XXXV da Constituição Federal). Assim é que, no plano normativo, não se fez restrição, prevendo-se, ao inverso, atribuição de promover os direitos coletivos dos necessitados de forma ampla (art. 134 da CF/88 e art. 4º, VII e VIII da LC 80/94).

Conclui-se, portanto, que a legitimidade da Defensoria Pública é ampla, não ficando restrita aos interesses de natureza individual homogênea ou coletiva em sentido estrito. Cabe à Defensoria Pública a tutela de qualquer interesse, seja individual homogêneo, coletivo *stricto sensu* ou difuso. Sua legitimidade não se orienta por critério objetivo (características do objeto tutelado), mas por critério subjetivo, qual seja, a natureza dos sujeitos, concreta ou abstratamente defendidos, ou seja, dos necessitados[9].

7. Ministro BENEDITO GONÇALVES. Primeira Turma. Julgamento em 01/04/2014.
8. Precedentes: REsp 1.275.620/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 22/10/2012; AgRg no AREsp 53.146/SP, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 05/03/2012; REsp 1.264.116/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turmas, DJe 13/04/2012; REsp 1.106.515/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 2/2/2011; AgRg no REsp 1.000.421/SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, DJe 01/06/2011.
9. Em verdade, cabe à Defensoria Pública a tutela de qualquer interesse individual homogêneo, coletivo stricto sensu ou difuso, sobretudo aqueles associados aos direitos fundamentais, pois sua legitimidade *ad causam* não se guia, no essencial, pelas características ou perfil do objeto de tutela (= critério objetivo), mas pela natureza ou status dos sujeitos protegidos, concreta ou abstratamente defendidos, os necessitados (= critério subjetivo), perspectiva essa que fez com que precedente do STJ ampliasse essa legitimidade para o campo da dignidade humana: "a legitimatio ad causam da Defensoria Pública para intentar ação civil pública na defesa de interesses transindividuais de hipossuficientes é reconhecida antes mesmo do advento da Lei 11.448/07, dada a relevância social (e jurídica) do direito que se pretende tutelar e do próprio fim do ordenamento jurídico brasileiro: assegurar a dignidade da pessoa humana, entendida como núcleo central dos direitos fundamentais (REsp 1.106.515/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma,

7.2 A DEFENSORIA PÚBLICA SOMENTE DETÉM LEGITIMIDADE QUANDO O RESULTADO DA DEMANDA ATINGIR PESSOAS NECESSITADAS? COMO FICA A LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA PARA NECESSITADOS E NÃO NECESSITADOS?

Diante do arcabouço normativo apresentado em linhas pretéritas, descarta-se, desde já, posição no sentido de que a Defensoria Pública apenas detém legitimidade para proposição de ações coletivas quando a demanda atingir, *unicamente*, grupo de pessoas hipossuficientes[10].

No sentido aqui defendido, Fredie Didier e Hermes Zaneti afirmam não ser necessário que a coletividade seja composta exclusivamente por pessoas necessitadas, podendo a decisão "beneficiar a todos, indistintamente, necessitados ou não"[11].

Nesse sentido, é claro o texto do artigo 4º, VII, da LC 80, quando aduz caber à instituição a promoção de ações coletivas quando resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes – revelando uma "cláusula legal de potencial benefício dos necessitados"[12]:

> Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:
>
> VII – promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos *quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes*;

Quisesse o legislador adotar postura diferente, teria se referido a benefício *exclusivo* de grupo de indivíduos hipossuficientes, o que não o fez.

DJe 2.2.2011, grifei)." (REsp 1.264.116/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/10/2011, DJe 13/04/2012).

10. No mesmo sentido: "O juízo prévio acerca da coletividade de pessoas necessitadas deve ser feito de forma abstrata, em tese, bastando que possa haver, para a extensão subjetiva da legitimidade, o favorecimento de grupo de indivíduos pertencentes à classe dos hipossuficientes, mesmo que, de forma indireta e eventual, venha a alcançar outros economicamente mais favorecidos" (STJ. Terceira Turma. REsp 1449416/SC. DJe 29/03/2016).
11. DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo. 4v. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 237.
12. CASAS MAIA, Maurilio. *Custos Vulnerabilis* Constitucional: O Estado Defensor entre o REsp 1.192.577-RS e a PEC 4/14. Revista Jurídica Consulex, Vol. 417, 1 jun. 2014, p. 57.

Vale observar que lei 7.347/85, que compõe o *microssistema processual coletivo*, não faz distinção entre a Defensoria Pública e os demais colegitimados para a propositura de ação coletiva, de forma que se trata de previsão genérica e ampla.

A lei da ACP não faz qualquer condicionamento à legitimidade da Defensoria Pública, como o faz com as associações, as quais, nos termos do inciso V do artigo 5º da norma, devem estar constituídas a mais de um ano e incluir a respectiva matéria dentre suas finalidades.

Assim, a Defensoria Pública, ao lado do Ministério Público e entes da administração pública, é colocada pela lei 7.347/85 como *legitimada geral* concorrente disjuntiva.

Sob tais argumentos, *defende-se que não há condicionante de vulnerabilidade para a legitimidade, ou seja, não é necessário de que o resultado da demanda ajuizada pela Defensoria seja apto a atingir "necessitados"*, pois que a atuação, nos processos coletivos, se daria de forma larga e irrestrita. Sobre tal corrente mais ampliativa recai o argumento de que o artigo 134 do texto constitucional faz remissão expressa aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal. Assim, estaria a atuação da Defensoria Pública sempre vinculada à vulnerabilidade dos titulares do direito pleiteado, mesmo em processos coletivos.

Durante os debates do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3943, o Ministro Luís Roberto Barroso observou que o fato de haver uma legitimação em tese não exclui a possibilidade de, num eventual caso concreto, não se reconhecer a legitimidade para a causa, como tem sido feito com o Ministério Público, quando este último, por exemplo, por via de ação coletiva pretendeu tutelar interesses individuais que não eram indisponíveis. Segundo o Ministro, o mesmo poderia ocorrer com a Defensoria Pública, *em casos extremos*, como em situação na qual pretendesse defender, por exemplo, interesses dos sócios do Iate Clube ou de titulares de contas no Itaú Personnalité, concluindo que, *com exceção dessas situações extremas, a legitimação é evidente*. Dentro desta perspectiva, mesmo diante da existência de dúvida sobre a verificação ou não de interesse de pessoas necessitadas por inter-

médio de ação coletiva proposta pela Defensoria Pública, deve-se privilegiar o reconhecimento da legitimidade[13].

A definição do necessitado deve se pautar em princípios de interpretação que garantam a efetividade das normas constitucionais previstas nos incisos XXXV, LXXIV e LXXVIII do artigo 5º da Constituição da República, conferindo ao acesso à justiça e aos diretos que a este se ligam, como é a assistência jurídica gratuita, um sentido que não crie obstáculo à sua efetivação, permitindo o alargamento do número de pessoas que possam ser beneficiadas.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 733.433, apreciando o tema 607 da repercussão geral, fixou tese nos seguintes termos:

> A Defensoria Pública tem legitimidade para a propositura da ação civil pública em ordem a promover a tutela judicial de direitos difusos e coletivos de que sejam titulares, em tese, pessoas necessitadas.

A expressão, "em tese", contida no enunciado, corresponde ao reconhecimento de legitimidade ampla, ainda que não irrestrita. É dizer, conforme afirmou o ministro Barroso na citada ADI, a legitimação somente pode ser afastada em situações extremas, que refujam por completo a missão institucional do órgão.

Posteriormente, já no ano de 2018, o STF rejeitou por unanimidade Embargos de Declaração na ADI 3943, através dos quais a embargante argumentava que a legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ACP somente deveria ser admitida quando houvesse prévia comprovação de hipossuficientes envolvidos e interessados. Ou seja, pretendia-se que a legitimidade para a propositura de Ação Civil Pública pela Defensoria Pública estivesse condicionada à prévia comprovação da necessidade dos potenciais beneficiários da ação, havendo, ainda, clara tentativa de vinculação da necessidade ao aspecto econômico. Em outros termos, deveria se exigir a prévia

13. Nesse sentido: FENSTERSEIFER, Tiago. *Defensoria pública, direitos fundamentais e ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 146. O autor cita o exemplo de dúvida científica sobre se a poluição de um rio provocada por determinada indústria afeta negativamente, ou não, a população ribeirinha composta majoritariamente por pessoas necessitadas, não sendo, a ausência de certeza, razão suficiente para afastar a legitimidade.

comprovação do estado de pobreza de eventuais beneficiários. Os embargos foram rejeitados por unanimidade pelo Tribunal.

Na decisão dos embargos restou consignado que a legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública não está condicionada à comprovação prévia da hipossuficiência dos possíveis beneficiados pela tutela jurisdicional. Tal inteligência já era extraída da decisão embargada (na ADI 3943), motivo pelo qual os embargos foram rejeitados, por demonstrarem "apenas inconformismo e resistência em pôr termo a processos que se arrastam em detrimento da eficiente prestação jurisdicional" (trecho em aspas retirado do inteiro teor – ADI 3943 ED/DF). Afastou-se, assim, qualquer pretensão de condicionar a legitimidade para a propositura de ação civil pública pela instituição à prévia comprovação da necessidade (seja econômica ou de outra ordem) dos potenciais beneficiários da ação.

O simples fato de a ação ser patrocinada pela Defensoria Pública, portanto, já revela, em tese, o interesse subjacente de pessoas vulneráveis, já que, por natureza, a atuação institucional é voltada à defesa dos necessitados. A presunção de que no rol dos possíveis afetados pelos resultados da ação coletiva ajuizada pela instituição constem pessoas necessitadas é suficiente para justificar a legitimidade da Defensoria Pública.

Com efeito, a efetividade dos objetivos fundamentais da República (Art. 3º, I, II e IV da CF/88) encontra-se diretamente ligada ao acesso à justiça, sendo que, a interpretação que deve ser conferida aos diretos que se ligam a este último, como é a assistência jurídica gratuita, deve voltar-se para o alargamento do número de pessoas que possam ser beneficiadas por soluções coletivas dos conflitos.

Assim, ajuizada ação pela Defensoria Pública, esta deve seguir seu curso normal. *Eventual vinculação à necessidade fica adstrita a momento posterior* (quando da execução), somente podendo haver indeferimento da ação coletiva por ilegitimidade em situações excepcionalíssimas.

Uma vez julgada procedente a ação ajuizada pela Defensoria, nas fases *de liquidação e execução individual de sentença* – quando houver[14], a instituição somente poderá atuar em representação aos necessitados. *Nada impede*, porém, *que outras vítimas, representadas*

14. Caso dos direitos individuais homogêneos.

por advogado, possam beneficiar-se da sentença decorrente do processo coletivo ajuizado por Defensor Público, sendo essa a posição que nos parece mais se compatibilizar com as normas de regência contidas na Constituição Federal e infraconstitucionais[15]. Tal posição é corroborada por outras vozes doutrinárias:

> "a legitimação é extraordinária, e a eventual existência de indivíduos "hipersuficientes" (econômicos ou organizacionais) dentre os beneficiados com o resultado da demanda não retira a legitimidade ad causam da Instituição, pois a relevância desta verificação se dá apenas nas fases de liquidação e/ou execução individual da decisão coletiva (quando então a Defensoria Pública deixará de assistir os indivíduos considerados "hipersuficientes")[16].
>
> "Constata a legitimação da Defensoria, de acordo com o critério aqui defendido, a decisão poderá beneficiar a todos, indistintamente, necessitados ou não. Não se pode confundir a legitimação extraordinária para a tutela coletiva de direitos coletivos (pertencente sempre a uma coletividade) com a legitimação extraordinária para a tutela de direitos individuais (...). É claro que somente remanesce legitimação coletiva para a Defensoria Pública promover a execução individual da sentença genérica (direitos individuais homogêneos, art. 98 do CDC), se as vítimas já identificadas forem pessoas necessitadas. Mas qualquer vítima, necessitada ou não, poderá promover individualmente a liquidação e execução da sentença coletiva (art.97 do CDC)".[17]

Destarte, eventuais "não necessitados" poderão se beneficiar de demanda coletiva ajuizada pela Defensoria Pública, através da execução e liquidação da sentença (representados por advogado), pois que a tutela coletiva é indivisível, tutelando-se o direito da coletividade, em benefício, assim, de todos os seus membros.

---

15. Em sentido contrário, STJ. Terceira Turma. REsp 1449416/SC. DJe 29/03/2016: "A liquidação e a execução da sentença proferida nas ações civis públicas movidas pela Defensoria Pública somente poderá ser feita aos que comprovarem insuficiência de recursos, pois, nessa fase, a tutela de cada membro da coletividade ocorre de maneira individualizada".
16. Kirchner, Felipe; Kettermann, Patrícia. *A legitimidade da defensoria pública para o manejo de ação civil pública por ato de improbidade administrativa.* Revista dos Tribunais | vol. 929/2013 | p. 361 - 415 | Mar / 2013 | DTR\2013\592.
17. DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo.* 4v. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 225.

Franklyn Roger Alves e Diogo Esteves, adotando postura mais ampliativa, defendem que mesmo nas fases de liquidação e execução permanece incólume a legitimidade da Defensoria Pública, mesmo na defesa dos interesses de pessoa não necessitada:

> "Nesse ponto, somos do entendimento de que a execução individual é desdobramento da atribuição para a tutela coletiva, de sorte que o aspecto da hipossuficiência econômica não pode ser aferido, visto que a Defensoria Pública, quando ajuizou a Ação Civil Pública buscou defender o interesse coletivo, não sendo razoável, ao final, virar às costas aos atendimentos concretos, ante a condição econômica de cada beneficiário.
>
> Em outras palavras, a Defensoria Pública, como desdobramento da legitimação para a tutela coletiva tem atribuição para a execução individual de qualquer beneficiário, independentemente da condição econômica" [18].

Em sentido diametralmente oposto manifestou-se o ministro Dias Toffoli em voto proferido no Recurso Extraordinário 733.433, entendo que, nas ações civis públicas ajuizadas pela Defensoria Pública as execuções individuais apenas poderão ser feitas por quem é necessitado, mesmo nos casos em que haja possíveis beneficiados não necessitados[19].

Pensar dessa forma, todavia, equivale a forçar o ajuizamento de idêntica ação, em duplicidade (uma para os necessitados; outra para os não hipossuficientes), gerando o risco de decisões contraditórias e contrapondo-se claramente ao princípio da economia processual e à lógica do processo coletivo de monocularização da demanda, motivo pelo qual discorda-se do raciocínio apresentado pelo Ministro.

No tocante a alguns direitos, além disso, é praticamente impossível separar os beneficiários da prestação jurisdicional decorrente de sentença coletiva, de forma que somente necessitados ou não necessitados pudessem ser atingidos pela decisão, a depender de quem tenha ajuizado a ação. É o caso de uma ação civil pública tendo como objeto matéria ambiental promovida por qualquer legitimado (inclusive a Defensoria Pública).

---

18. ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da defensoria pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
19. Ainda nesse sentido: STJ. Terceira Turma. REsp 1449416/SC. DJe 29/03/2016. A questão deverá ser enfrentada em termos definitivos pelo STF no julgamento dos embargos de declaração na ADI 3943.

7.3 DEFENSORIA PÚBLICA E OUTRAS ESPÉCIES DE AÇÃO COLETIVA

Como vimos anteriormente, a legitimidade da Defensoria Pública para o manejo de ações coletivas encontra-se hoje expressa no texto do artigo 134 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional 80 de 2014.

O Supremo Tribunal Federal ratificou tal legitimação quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 3943. Naquela oportunidade discutia-se a possibilidade de a Defensoria ajuizar Ação Civil Pública, tendo, por unanimidade de votos, concluído o Tribunal Pleno que "*A Defensoria Pública tem legitimidade para propor ação civil pública, na defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos*"[20].

Sabe-se, contudo, que a tutela coletiva pode ser instrumentalizada por diversos tipos de ação. Sendo assim, nesse campo, a legitimidade da Defensoria Pública se esgota na possibilidade de propor Ação Civil Pública?

É sobre isso que nos debruçaremos nos capítulos seguintes, analisando, especificamente, o Mandado de Segurança Coletivo, o Pedido de Suspensão de Liminar, de Tutela Antecipada ou de Segurança, a Ação por Ato de Improbidade Administrativa, a Ação Popular e o Mandado de Injunção Coletivo.

Parte-se de uma premissa contida na Lei Complementar 80 de 1994 (Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública – LONDP). Nela lemos ser função institucional da Defensoria Pública, dentre outras, "promover ação civil pública e *todas as espécies de ações* capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes" (Artigo 4º, VII).

Considera-se, também, que a organização do sistema coletivo brasileiro é descodificada, constituindo-se por meio de microssistema (*microssistema processual para a tutela coletiva*), caracterizado pelo policentrismo, onde diversos diplomas legais que se referem às ações coletivas se harmonizam de forma a sistematizar os princípios e regras sobre o tema: Nesse sentido:

---

20. Trecho retirado do Informativo n. 784 do Supremo Tribunal Federal.

> "A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microssistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se".[21]

Devemos considerar, ainda, o *interesse público* decorrente da própria natureza do processo coletivo. Segundo apontam Didier e Hermes Zaneti Jr.:

> "Os processos coletivos servem à litigação de interesse público, ou seja, servem às demandas judiciais que envolvam, para além dos interesses meramente individuais, aqueles referentes à preservação da harmonia e a realização dos objetivos constitucionais da sociedade e da comunidade. Interesses de uma parcela da comunidade constitucionalmente reconhecida, a exemplo dos consumidores, do meio ambiente, do patrimônio artístico, histórico e cultural, bem como, na defesa dos interesses dos necessitados e dos interesses minoritários (...) interesses e direitos 'marginalizados', já que muitas vezes estes estão representados em número infinitamente superior aos interesses ditos 'majoritários' na sociedade, embora não tenham nem voz, nem vez"[22].

Essas pessoas, "sem voz, nem vez", são os necessitados mencionados no *caput* do artigo 134 da Constituição Federal e no artigo 1º da LC 80/1994. Configuram grupos vulneráveis para o qual se volta a atividade "defensorial", já que, nos termos do artigo 4º, XI da LONDP também é função institucional da Defensoria "exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado".

Os instrumentos processuais coletivos são formas de se alcançar os escopos constitucionalmente destinados à Defensoria Pública, incluindo a tutela coletiva de direitos. É preciso equipar a instituição com os instrumentos aptos ao desempenho efetivo da missão constitucional que lhe foi atribuída.

---

21. STJ. 1º Turma. REsp 1085218 / RS. Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em 15/10/2009.
22. DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 4v. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO E DEFENSORIA PÚBLICA

O Mandado de Segurança encontra previsão constitucional, voltando-se à proteção de direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público.

Conforme o artigo 5º, inciso LXX da Constituição Federal, o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: (a) partido político com representação no Congresso Nacional, (b) organização sindical, (c) entidade de classe ou (d) associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano; em defesa dos interesses de seus membros ou associados[1]. Dispositivo similar encontra-se no artigo 21 da lei 12.016 de 2009:

> Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus

1. Não necessitam ter caráter nacional, ao contrário dos legitimados para ADI, ADC e ADPF – art. 103 da CF/88.
   Não é necessária autorização expressa dos associados, sendo caso de substituição processual (legitimidade extraordinária), e não de representação, decorrendo a legitimação na própria Constituição Federal; não sendo imprescindível que a pretensão interesse a toda categoria representada. Nesse sentido as súmulas 629 e 630 do Supremo Tribunal Federal.

> membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Da leitura do texto legal surge o seguinte questionamento: *outros legitimados para a tutela coletiva, dentre os quais a Defensoria Pública, possuem capacidade processual para o manejo de Mandado de Segurança Coletivo?*

Nos posicionamos ao lado de Fredie Didier e Hermes Zaneti Jr., para os quais o rol acima mencionado trata de uma garantia constitucional mínima, atribuída aos partidos políticos e entidades de classe[2].

A legitimidade é a capacidade para iniciar e conduzir um processo, decorrendo da relação do legitimado com a situação jurídica afirmada na demanda (objeto do processo). Decorre, assim, da situação concreta submetida ao Judiciário.

Bem por isso, afirmam os autores que "o texto constitucional não cuida, nem poderia cuidar, de legitimidade *ad causam* para o mandado de segurança coletivo. A legitimidade para o mandado de segurança coletivo será aferida a partir da situação litigiosa nela afirmada, ou seja, *ope judicis*.

A norma constitucional, na verdade, atribui capacidade processual aos partidos políticos e às entidades de classe para valer-se do procedimento do mandado de segurança (*ope legis*)"[3].

O remédio constitucional, ademais, é direito e garantia fundamental, voltado a instrumentalização, inclusive, do acesso à justiça. Assim é que, restringir esse direito, afastando a legitimidade daqueles legitimados para o ajuizamento de outras ações coletivas revela-se contraditório, ferindo o próprio direito ao acesso à justiça. Destarte, qualquer interpretação do artigo 21 da lei 12.016/2009 nesse sentido (restritivo) é inconstitucional. Em se tratando de garantias fundamentais, não se deve admitir interpretações restritivas, mas tão somente ampliativas, visando garantir a melhor carga de eficácia social ao instrumento.

---

2. DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo.* 4v. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p.227.
3. Ibidem. p.226.

Seguindo essa linha, tratando-se de garantia mínima e de ação coletiva aplica-se o microssistema processual coletivo, de forma a se encontrar, legalmente, a atribuição da Defensoria Pública. O mesmo raciocínio se aplica ao Ministério Público, associações civis e outros legitimados não mencionados no inciso LXX do artigo 5º da Constituição Federal.

A doutrina - a exemplo de Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Antônio Herman Benjamin e Gregório Assagra de Almeida, citados por Hely Lopes[4] - vem entendendo que *devem ser tidas por legitimadas para a impetração do mandamus todas as pessoas autorizadas a defender os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos segundo a legislação vigente, como o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, os Municípios e órgãos despersonalizados.*

Camilo Zufelato[5], em interessante estudo decorrente da análise de caso concreto, conclui que nada obstante não conste expressamente no rol apresentado pela Lei 12.016/2009, que regulamentou no plano infraconstitucional o Mandado de Segurança Coletivo, a Defensoria Pública possui legitimação ativa *ad causam* para a impetração do remédio constitucional, por força do microssistema processual coletivo brasileiro, do qual faz parte como legitimada ativa, e por ser o Mandado de Segurança Coletivo espécie de ação coletiva, bem como em razão das exigências de ordem constitucional que regem a matéria, estando o órgão autorizado, de *lege lata*, à impetração do *mandamus* coletivo.

Com efeito, o Mandado de Segurança Coletivo é mais um instrumento voltado à consecução dos escopos constitucionalmente destinados à Defensoria Pública, incluindo a tutela coletiva de direitos. *É uma espécie de instrumento processual coletivo que pertencente ao gênero ação coletiva. Sendo assim, possui os mesmos legitimados das outras ações coletivas, inclusive a Defensoria Pública.*

---

4. MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo e MENDES, Gilmar. *Mandado de segurança e ações Constitucionais*. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2012. p. 138.
5. *Da legitimidade ativa ope legis da defensoria pública para o mandado de segurança coletivo – uma análise a partir do microssistema de direito processual coletivo brasileiro e o diálogo das fontes*. Revista de Processo | vol. 203/2012 | p. 321 - 343 | Jan / 2012 DTR\2011\5385.

Destarte, a atuação da Defensoria Pública é verdadeira forma de concretização de princípios e valores constitucionalmente estabelecidos, por meio da tutela dos necessitados, o que se encontra diretamente relacionado com a consecução dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, com vistas a erradicar a pobreza, a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Artigo 3º da Constituição Federal). É preciso, portanto, não afastar da Defensoria Pública os instrumentos aptos ao desempenho efetivo da missão constitucional que lhe foi atribuída.

Válido é, ainda, não desconsiderar que a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (LC 80/1994) prever, genericamente, a legitimação do ente para o mandado de segurança, em seu artigo 4º, IX. Havendo legitimação para o gênero, há para a espécie, verificando-se, assim, a legitimação extraordinária por substituição processual decorrente de autorização do ordenamento jurídico (Art. 18, CPC), como noção de uma legitimação conglobante.

Dentro deste cenário, equivocam-se os que insistem em não reconhecer a legitimação ativa *ad causam* da instituição para o MS Coletivo. Os que assim se posicionam são, aliás, os mesmos que, forçosamente, intentavam obstar a legitimidade para a Ação Civil Pública, inclusive por meio do ajuizamento de Ação Direita de Inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal.

A legitimidade em questão decorre imediatamente das finalidades institucionais do ente, traçadas pelo artigo 134 da Constituição Federal, do artigo 4º, VII da Lei Complementar 80/1994, assim como da previsão contida na Lei de Ação Civil Pública e no artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor, em face de interpretação sistemática do microssistema processual coletivo vigente no ordenamento jurídico brasileiro:

> "Para tanto é preciso reconhecer a força principiológica contida no interior do chamado microssistema processual coletivo – no caso in concreto relativo à legitimidade ativa ad causam – para que se aplique, por meio da intercomunicação entre os vários diplomas legislativos de índole coletiva, aquele que mais condiz com a sistemática e principiologia da tutela jurisdicional coletiva (...) Isso porque a Lei da Ação Civil Pública é o instrumento

normativo geral, juntamente com alguns aspectos do Código de Defesa do Consumidor (LGL\1990\40), que projeta o denominado microssistema processual coletivo no Brasil. O que há, em verdade, é uma perfeita comunicação entre o art. 5.º da 7.347/1985 (LACP) e o art. 21 da Lei 12.016/2009 (Nova Lei do Mandado de Segurança)".[6]

A lei 13.300 de 2016 (Lei do Mandado de Injunção – LMI), que regulamentou o mandado de injunção, reforça a legitimação aqui defendida. A novel legislação passou a integrar o microssistema processual coletivo, sendo que nela há expressa indicação da legitimidade da Defensoria Pública (como também do Ministério Público) para o ajuizamento do MI Coletivo (Art. 12), o que auxilia no preenchimento da lacuna existente na ação de mandado de segurança coletivo, já que a norma do *writ of mandamus* influenciou por muito tempo o mandado de injunção (em face da inexistência de norma que regulamentasse seu processamento), havendo agora um retorno da nova lei colmatando o microssistema e reforçando o entendimento.

Por fim, importa notar que a extensão a outros legitimados não é exclusividade da Defensoria Pública. Já há algum tempo considerável parcela doutrinária defende que seja elastecido o rol a todos os legitimados pelo microssistema processual coletivo, incluindo, inclusive, ao cidadão, naqueles casos em que estaria autorizado a propor ação popular[7].

É dispensável, portanto, a provação da PEC 74/2007, que visa ampliar os legitimados no âmbito da Constituição Federal, posto que, em âmbito infraconstitucional, o microssistema coletivo, interpretado de forma sistémica e coerente, já demonstra a legitimação.

Mais interessante seria a aprovação do Código Brasileiro de Processos Coletivos, cujo anteprojeto teve a participação efetiva de grande parte da doutrina processual brasileira, sob a coordenação de Ada Pellegrini Grinover, tendo como escopo a consolidação, unificação e harmonização das várias espécies de ações coletivas

6. ZUFELATO, Camilo. Ibidem.
7. Nesse sentido: Donizetti, Elpídio; Cerqueira, Marcelo Malheiros. *Curso de processo coletivo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 432-433.

brasileiras, pondo fim ao espaçamento da disciplina ao longo do ordenamento, evitando incongruências.

8.1 MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO PARA A TUTELA DE DIREITOS DIFUSOS

O cabimento de Mandado de Segurança Coletivo para a tutela de direitos difusos não é pacífico. O artigo 21 da lei 12.016/09, que disciplina o Mandado de Segurança, afirma que a ação pode ser manejada para tutela de *direitos coletivos e individuais homogêneos*, não mencionando os difusos.

O artigo 5º, LXX, "a", da Constituição Federal, ao tratar da legitimidade do partido político, não faz qualquer restrição quanto aos interesses a serem tutelados (LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional). Com base nisso, forte parcela doutrinária – dentre os quais Teori Zavasck e Alexandre de Moraes[8] - defende o cabimento do remédio para os direitos difusos, conferindo ao artigo 21 uma interpretação conforme a Constituição.

A indeterminabilidade dos beneficiários da proteção jurídica, dada a natureza difusa do direito, não se presta a justificar recusa à legitimidade para o ajuizamento da ação coletiva, especialmente diante do preceito do acesso à justiça (art. 5º, XXXV da Constituição Federal). Assim é que, no plano normativo, não se fez restrição, prevendo-se, ao inverso, com relação à Defensoria Pública, a atribuição de promover os direitos coletivos dos necessitados de forma ampla (art. 134 da CF/88 e art. 4º, VII e VIII da LC 80/94).

A fim de encerrar o debate e evitar polêmicas como a que envolveu a Medida Cautelar nos Mandados de Segurança Coletivos 34070 e 34071 (julgamento conjunto), já passa da hora de o Supremo Tribunal Federal declarar o artigo 21 inconstitucional, sendo certo que resta, por enquanto, a possibilidade de declaração incidental, em controle difuso, afastando sua aplicação no caso concreto.

---

8. ZAVASCKI, Teori. *Processo coletivo*. 6 ed. São Paulo: RT, 2014. p. 193-194; MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015. pp. 177; ambos citados em decisão tomada na Medida Cautelar Liminar em Mandados de Segurança Coletivos (34070 e 34071) pelo Ministro Gilmar Mendes.

CAPÍTULO IX

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE SEGURANÇA, DE LIMINAR OU DE TUTELA ANTECIPADA E DEFENSORIA PÚBLICA

O processo coletivo, entendido como processo de interesse público, se volta à defesa do *interesse público primário*[1], servindo, inclusive, para a concretização e controle de políticas públicas[2]. "O *interesse coletivo primário* ou simplesmente *interesse público* é o complexo de interesses coletivos prevalente na sociedade"[3], que pode ser revelado pelo *elevado número de pessoas envolvidas* e pelas *características da lesão*. É por isso, aliás, que se mostra obrigatória a intervenção do Ministério Público nas demandas coletivas.

Ao lado do Estado que acusa e do Estado que julga deve apresentar-se, também, no mesmo plano, o que promove a defesa. Conforme asseveram Carlos Alberto Souza de Almeida Filho e Maurilio Casas Maia a Defensoria Pública é verdadeira expressão do Estado Defensor[4], que não se revela somente no processo criminal. A existência

1. Nesse sentido: DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo.* 4v. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p.37.
2. Tanto o Superior Tribunal de Justiça, quanto Supremo Tribunal Federal, reiteradas vezes, têm reconhecido a possibilidade de controle e implementação de políticas públicas via Poder Judiciário, a exemplo do decidido no ARE 860979 AgR / DF (STF. Segunda Turma. Julgado em 14/04/2015), no RE 669635 AgR / SC (STF. Segunda Turma. Julgado em 17/03/2015) e no REsp 1488639 / SE (STJ. Segunda Turma. 20/11/2014).
3. Conforme escreveu Celso Antônio Bandeira de Melo citado por DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo.* 4v. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p.38.
4. *O Estado-Defensor e sua Legitimidade para os Pedidos de Suspensão de Liminar, Segurança e Tutela Antecipada.* Revista de Processo | vol. 239/2015 | p. 247 - 261 | Jan / 2015 DTR\2014\21367.

de efetivos mecanismos de defesa dos direitos é imprescindível à própria concretização da dignidade do ser humano, preconizada no artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988 e no preâmbulo e artigo 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos.

Tais instrumentos de defesa, aliás, devem ir muito além da realização de formalidades, que muitas vezes tão somente contribuem para o agravamento do quadro de vulnerabilidade social existente. Bem por isso se mostra necessário que tal missão – de defesa dos direitos de necessitados - seja incumbida a uma instituição estruturada, autônoma e independente, capaz de contrapor-se a outras vertentes estatais e atores do processo em pé de igualdade.

O Pedido de Suspensão de Segurança, de Suspensão de Liminar ou de Suspensão Tutela Antecipada encontra previsão legal:

> Lei 8.437/1992. Art. 4.º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.
>
> Lei 12.016/2009[5]. Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.
>
> Lei 9.494/1997. Art. 1.º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do CPC o disposto nos arts. 5.º e seu parágrafo único e 7.º da Lei 4.348, de 26.06.1964, no art. 1.º e seu § 4.º da Lei 5.021, de 09.06.1966, e nos arts. 1.º, 3.º e 4.º da Lei 8.437, de 30.06.1992.

5. Lei do Mandado de Segurança.

Conforme se verifica nos artigos, a medida visa suspender o cumprimento de decisões cuja execução se contraponha ao interesse público, evitando a ocorrência de grave lesão (à ordem; à saúde; à segurança; à economia). Ressalta-se não ser qualquer lesão ao poder público que autoriza a concessão da suspensão pelo presidente do tribunal, devendo, ademais, haver prova cabal das lesões alegadas.

Observa-se, também, a legitimidade da "pessoa jurídica de direito público interessada" para o ajuizamento do pedido suspensivo. Posiciona-se a Defensoria Pública, nesse contexto, como parte integrante do ente federativo estatal, pessoa jurídica de direito público interessada na realização do interesse público primário, dentre os quais a efetivação de direitos fundamentais. Não se olvide, ainda, ser função da Defensoria Pública (e, por conseguinte, do Estado), a defesa dos direitos dos necessitados. Importa considerar, também, especialmente nos casos em que a instituição necessita preservar seus direitos e funções contra outra instância de Poder do Estado, deter para tanto *personalidade judiciária*, podendo, assim, nada obstante não detenha personalidade, ser parte[6].

Sendo assim, em situação que revele grave lesão, por exemplo, à segurança ou à saúde de pessoas necessitadas, contrapondo-se, por conseguinte, ao interesse público (primário), revela-se a legitimidade da pessoa jurídica de direito público interessada (o Estado Defensor, por meio da Defensoria Pública, órgão incumbido da defesa dos vulneráveis) para o manejo de pedido de suspensão. Com efeito, "a Defensoria Pública também se insere no rol de legitimados aptos à propositura dos Pedidos de Suspensão, pois que é a Defensoria Pública senão o próprio Estado? Ela não representa o Estado, mas sim, como dizem os preciosistas, 'presenta-o'."[7]

É o caso de Pedido de Suspensão postulado pela Defensoria Pública e deferido pelo Tribunal de Justiça do Amazonas (processo

6. Nesse sentido: STF. RE 595.176-AgR/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa; STF. MS 33186 MC. Rel. Min. Rosa Weber;
Reconhecendo, mais especificamente, a personalidade judiciária da Defensoria Pública: "Considerando a personalidade judiciária de que se reveste a Defensoria Pública da União para a defesa de suas prerrogativas institucionais, entendo que detém legitimatio ad causam ativa para a presente impetração" (STF. MS 33193 MC / DF. MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. Min. ROSA WEBER. Julgamento: 30/10/2014). No mesmo sentido: STF. STA 800.
7. FILHO, Carlos Alberto Souza de Almeida e MAIA, Maurilio Casas. *Ibidem*.

0009640-54.2014.8.04.0000), o qual versava sobre conflito agrário envolvendo comunidade composta por mais de duzentos e cinquenta famílias assentadas há décadas em terreno de propriedade de empresa privada, na cidade de Manaus/AM. Além desse, cita-se o Pedido de Suspensão de Liminar (PSL) 60.981/2011, ajuizado pela Defensoria Pública do Mato Grosso e o PSL 0022001-86.2015.4.01.0000/AM ajuizado através de atuação conjunta da Defensoria Pública da União e Defensoria Pública do Estado do Amazonas no Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Em todos esses a medida de contracautela foi admitida, reconhecendo-se a legitimidade institucional. Conforme consta no dispositivo da decisão do Presidente do Tribunal, no último caso: "Em primeiro lugar, tenho que, na espécie, os requerentes têm legitimidade para pleitear a suspensão, visto que, em pauta, interesse público, relativamente à reintegração de posse de área verde, portanto de proteção ambiental, por comunidade composta, supostamente, por diversas etnias indígenas".

Em outro caso, o presidente do Supremo Tribunal Federal, no bojo da Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 800, ajuizada pela Defensoria Pública da União, proferiu decisão acolhendo o pedido formulado para assegurar a autonomia da Defensoria Pública na definição das localidades em que seus membros serão lotados. No curso do processo, foi requerida pela Defensoria Pública do Estado do Ceará e deferida a *extensão da suspensão*, nos termos do *art. 4º, parágrafo 8º, da Lei 8.437/92,* contra decisões liminares da Justiça Estadual daquele Estado, para garantir a competência privativa da respectiva Defensoria Pública para decidir onde lotar os seus defensores públicos.

Situação similar já houvera ocorrido quando do ajuizamento da STA 183/RS naquela Corte e repetiu-se no âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª região, quando foram suspensas duas decisões de tutela antecipada da Justiça Federal de primeira instância que determinavam a instalação de unidades da Defensoria Pública nas subseções judiciárias de Guajará-Mirim (RO) e Cruzeiro do Sul (AC), tendo em conta a ofensa à autonomia e a ameaça de lesão à ordem pública pela ocorrência de efeito multiplicador, caracterizado por sucessivas ações civis públicas solicitando a abertura de novas unidades da instituição sem que houvesse a respectiva previsão orçamentária.

De mais a mais, é preciso considerar, também, a existência de microssistema de tutela coletiva, pois que "o pedido de suspensão estratifica verdadeira pretensão à tutela de direitos coletivos, que transcendem à pessoa jurídica interessada, exatamente porque se destina à proteção de interesse público relacionado com a ordem, a segurança, a economia e a saúde. Daí ser plenamente justificável admitir que (...) possam ajuizar o pedido de suspensão todos os legitimados para a propositura de ação civil pública ou de alguma ação coletiva"[8], à luz do inciso II, do art. 5º, da Lei 7.347/1985, do artigo 134 da CF/88, que consagra a tutela de interesses coletivos pela Defensoria Pública e da Lei Complementar 80/1994, que deferiu à Defensoria Pública o uso de quaisquer instrumentos de defesa coletiva (Art. 4º, VII e IX).

Assim é que, não obstante a ausência de expressa previsão legal, a legitimidade ativa para o ajuizamento de pedidos de suspensão não deve ser tolhida de instituição essencial à função jurisdicional do Estado e dotada de autonomia, sendo, ainda, incumbida da orientação jurídica e da defesa, em todos os graus, dos necessitados (art. 134, da CF), viabilizando a salvaguarda cautelar dos interesses que deve resguardar como missão constitucional, conforme assevera Elton Venturi[9].

A única restrição em relação ao requerimento de suspensão formulado pela Defensoria Pública fica por conta da pertinência entre o pedido e suas finalidades institucionais - voltada à defesa dos necessitados e promoção dos direitos humanos, assim como para resguardar os direitos da própria instituição[10] - qualificada, em qualquer dos casos, pela presença de interesse público.

---

8. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 557.
9. VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público*. São Paulo: RT, 2005.
10. Carlos Alberto Souza de Almeida Filho e Maurilio Casas Maia esclarecem que "Dois poderão ser os interesses mediatos do Estado-defensor ao tutelar a ordem jurídica por meio de Pedidos de Suspensão: (a) Interesse institucional próprio, próximo ao que se qualifica como interesse público secundário, a fim de evitar lesões à ordem, saúde, economia e segurança pública no que se refere ao seu atuar administrativo e sua independência institucional; (b) Interesse institucional referente à tutela dos necessitados, concernente à atuação enquanto *custos vulnerabilis* no âmbito coletivo, utilizando-se da suspensão como mecanismo de proteção da ordem, segurança, saúde e economia pública, porém em prol dos necessitados vulneráveis." (O Estado-Defensor e sua Legitimidade para os Pedidos de Suspensão de Liminar, Segurança e Tutela Antecipada. Revista de Processo | vol. 239/2015 | p. 247 - 261 | Jan / 2015 DTR\2014\21367).

CAPÍTULO X

AÇÃO POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E DEFENSORIA PÚBLICA

Embora as instituições Defensoria Pública e Ministério Público possuam inúmeras semelhanças (ambas são colocadas pela Constituição Federal como permanentes e essenciais à função jurisdicional do Estado e detêm legitimidade para a Ação Civil Pública; seus membros - Promotores de Justiça e Defensores Públicos – sujeitam-se ao mesmo teto remuneratório e à remuneração por subsídio; recebimento de recursos orçamentários por meio de duodécimos; autonomia funcional, administrativa e orçamentária; independência funcional dos membros; ingresso na carreira por meio de concurso público de provas e títulos, exigindo-se três anos de atividade jurídica; regência pelos princípios unidade, indivisibilidade e independência funcional etc.) apenas o Ministério Publico possui legitimidade de modo explícito na Lei de Improbidade Administrativa – LIA (Lei 8.429/1992), não havendo menção na lei quanto à Defensoria Pública[1].

> Lei 8.429/1992. Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

1. Como bem observa Alexandre Saldanha (SALDANHA, Alexandre. *Da legitimidade ativa da Defensoria Pública para a propositura de demandas pela prática de atos de improbidade administrativa*. Revista da Defensoria Pública da União. n. 7. jan./dez. 2014. p. 55).

Uma breve incursão temporal é bastante reveladora. É que a Defensoria Pública só passou a existir formalmente com o advento da Constituição de 1988, sendo regulamentada tão somente em 1994, através da Lei Complementar n. 80. Isso explica por que tanto a Lei da Ação Civil Pública – LACP (7.347/1985) como a Lei de Improbidade Administrativa – LIA (8.429/1992) não previram a Defensoria Pública em seus textos originais.

Bem por isso, a jurisprudência pátria, mesmo antes da lei 11.448/2007 – que alterou a LACP para prever expressamente a Defensoria Pública no rol de legitimados para ingressar com Ação Civil Pública – já reconhecia a legitimidade ativa do órgão[2], pois que, nesse caso, assim como nas situações envolvendo atos por improbidade, a atualização da legislação não acompanhou a evolução jurídica, obrigando a utilização de formas de interpretação e integração da norma pelos operadores do direito.

Destarte, através de interpretação constitucional e levando-se em consideração as finalidades institucionais, chega-se à legitimação da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação por ato de improbidade administrativa.

Isso em razão de que a lei de improbidade administrativa tutela o direito transindividual à moralidade[3], sendo o processo, neste caso, meio de controle jurisdicional de atos extremamente passíveis de agravar as desigualdades sociais, motivo pelo qual podemos afirmar que a atuação da Defensoria Pública na proteção da moralidade encontra-se ligada a seu fim, qual seja a defesa dos necessitados (cf. art. 134 da Constituição Federal).

O múnus constitucional basilar da Defensoria Pública é a defesa do cidadão necessitado, de forma que defender judicialmente a probidade administrativa importa em assistir diretamente os hipossuficientes, maiores atingidos por atos que comprometem a correta gestão e destinação da coisa pública, afetando áreas sensíveis como saúde e educação públicas, valores fundamentais.

2. Sobre o tema, ver capítulo referente à Ação Civil Pública.
3. Nesse sentido e acerca da natureza transindividual do direito à moralidade: BOSON, Erik Palácio. *A defensoria pública e a tutela jurisdicional da moralidade administrativa*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 57-60.

Conforme anota Carlos Eduardo Rios do Amaral "a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados e aos grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado só existe e pode ser levada a efeito quando possível o controle dos atos da administração pelo povo, através da Defensoria Pública", pelo que resta à Defensoria Pública legitimidade para ajuizar ação "por atos de improbidade administrativa nos casos em que a dignidade da pessoa humana, a busca pela igualdade social, a higidez do Estado Democrático de Direito consubstanciado no império da lei e da Constituição e os direitos humanos restem afetados pela conduta do agente público violadora dos deveres de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, qualificada como ato ímprobo"[4].

Sendo Defensoria Pública instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado e incumbida da promoção dos direitos humanos (cf. Art. 134 da CF/88). E sendo a probidade e ética públicas direito fundamental; dada, ainda, a relevância social e jurídica do direito que se pretende tutelar e do próprio fim do ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, assegurar a dignidade da pessoa humana, entendida como núcleo central dos direitos fundamentais; não restaria, por isso só, possível conclusão outra senão pela sua legitimidade.

Demais disso, considere-se que o artigo 37, §4º da Constituição Federal, norma base para a responsabilização por atos de improbidade administrativa, em momento algum se volta para limitação da legitimidade para ações com tal finalidade. Ao inverso, prevê a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário como consequências da ação civil por ato de improbidade, sem prejuízo da ação penal cabível. Não se deve confundir, portanto, a ação (civil) por ato de improbidade com a ação penal (pública, neste caso), para a qual o Ministério Público tem legitimidade exclusiva.

Não se deve olvidar, ainda, a existência de microssistema processual coletivo, por meio do qual as normas que tratam da tutela

4. AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. *Defensoria deve propor ação por improbidade*. ANADEP. Disponível em: http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=8101. Acesso em 07.01.2016.

coletiva de direitos se comunicam e se completam. É o caso da Lei da Ação Civil Pública, do Código de Defesa do Consumidor, da Lei de Improbidade Administrativa e da própria Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública - LC 80/1994, que prevê dentre as funções institucionais a promoção de todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes (Art. 4º, VII). Nesse sentido:

> "Os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como normas de envio, possibilitaram o surgimento do denominado Microssistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo senso, no qual se comunicam outras normas, como o Estatuto do Idoso e o da Criança e do Adolescente, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa e outras que visam tutelar direitos dessa natureza, de forma que os instrumentos e institutos podem ser utilizados para "propiciar sua adequada e efetiva tutela" (art. 83 do CDC)"[5].

Importa observar, demais disso, que o microssistema da tutela coletiva adota legitimidade disjuntiva e concorrente, de forma que a atuação da Defensoria Pública, além de somar esforços, em nada prejudica a atuação dos demais legitimados[6].

Nessa senda, a *conjugação da Constituição Federal com o artigo 5º, II da lei 7.347/85 e os artigos 1º, 3º e 4º, VII da Lei Complementar 80* foi um dos fundamentos utilizados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul[7] para concluir pela legitimidade aqui defendida, em situação envolvendo Ação Civil Pública ajuizada pela Defensoria Pública visando apurar supostos atos de improbidade administrativa cometidos por administradores da APAE – Associação de Pais e Amigos Excepcionais.

---

5. STJ. Recurso Especial 1221254 / RJ. Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA. Primeira Turma. Julgado em 05/06/2012.
6. Vale destacar a inexistência de monopólio do Ministério Público no manejo de ações coletivas, conforme artigo 129, § 1º da Constituição Federal: "§ 1º A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei".
7. TJRS. Agravo de Instrumento n. 70034602201, julgado pela Primeira Câmara Cível, em 19 de maio de 2010.

No mesmo sentido, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, ao prover Apelação reconhecendo a legitimidade ativa da Defensoria Pública para propor Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa[8].

Interessante notar o instrumento processual utilizado no caso, qual seja, a Ação Civil Pública. Conforme esclarece Erik Palácio Bolson – comentando precedente do Tribunal de Justiça do Acre[9] que concluiu pelo reconhecimento da legitimidade da Defensoria Pública – "a Lei de Improbidade Administrativa, conforme ensinado doutrinariamente, é lei de direito substancial cujos preceitos são veiculados judicialmente pelo instrumental fornecido pela Lei da Ação Civil Pública. É dizer, uma Ação de Improbidade é uma Ação Civil Pública por Ato de Improbidade"[10].

Bem por isso, afirmam Felipe Kirchner e Patrícia Kettermann que, devido à conexão sistemática entre as Leis 7.347/1985

8. APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA C/C PEDIDO DE LIMINAR. RECONHECIMENTO DA ILEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA. EXTINÇÃO DO FEITO, COM FULCRO NO ART. 267, VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL VIGENTE À ÉPOCA. SUBLEVAÇÃO DA PROMOVENTE. PRESSUPOSTOS RECURSAIS DE ADMISSIBILIDADE. EXAME À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. LEGITIMIDADE ATIVA RECONHECIDA. ALTERAÇÃO DO ART. 5º, DA LEI 7.347/85. PREVISÃO EXPRESSA ACERCA DA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA. ART. 2º, DA LEI 11.448/2007. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PROVIMENTO DO APELO. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM. (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 0077250320148150181, Relator DES. FREDERICO MARTINHO DA NÓBREGA COUTINHO, j. em 21-10-2016).

9. Liminar proferida na Ação Civil de Improbidade administrativa n. 0700147-09.2013.8.01.0007, vara única/cível da comarca de Xapuri, juiz de direito Luis Gustavo Alcalde Pinto, jugada em 13/06/2013.

   A demanda diz respeito a ato do prefeito que sancionou lei municipal criando um serviço de assistência judiciária gratuita financiado pelo município, uma espécie de Defensoria Pública Municipal expressamente proibida de atuar em qualquer demanda que envolvesse ou pudesse envolver, no polo passivo, qualquer ente da Administração Pública direta ou indireta das três esferas (município, estado ou união), sendo prestado por advogado ocupante de cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração pelo chefe do Poder Executivo, em flagrante desrespeito à Constituição Federal, com aptidão para prejudicar sobremaneira o interesse dos grupos e indivíduos hipossuficientes, público alvo da Defensoria Pública.

10. BOSON, Erik Palácio. *Comentário à jurisprudência: tribunal de justiça do Acre, liminar em ação civil de improbidade administrativa n. 0700147-09.2013.8.01.0007, vara única – cível da comarca de Xapuri, juiz de direito Luis Gustavo Alcalde Pinto, jugado em 13/06/2013*. Revista da Defensoria Pública da União. n. 7. jan./dez. 2014.

    No mesmo sentido: BOSON, Erik Palácio. *A defensoria pública e a tutela jurisdicional da moralidade administrativa*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 353.

e 8.429/1992, "a ação civil pública é o instrumento adequado para a repressão dos atos de improbidade administrativa"[11].

Importa observar que não necessariamente a Defensoria Pública terá de ingressar com uma Ação Civil Pública para defender a moralidade administrativa, podendo se valer de outro instrumento processual, quando cabível, mormente com supedâneo nos incisos VII e VIII do art. 4º da LC n. 80/94, que permitem à Defensoria o uso de qualquer ação capaz de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes.

Questão interessante se dá quanto ao rito processual a ser seguido. É que a lei 8.429/1992 (LIA) prevê a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, antes do recebimento da petição inicial, oportunidade na qual o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita (Art. 17, parágrafos 7º, 8º e 9º).

Sendo assim, e por tratar-se regra especial, deve ser respeitada, procedendo-se à notificação do réu para manifestar-se de forma preliminar. Caso não haja rejeição, uma vez recebida a petição, deverá ocorrer a citação para oferecimento de contestação, seguindo-se o procedimento comum (Art. 19 da Lei 7.347/1985 e Art. 17 da Lei 8.429/92).

Além da possibilidade de comunicação dos diplomas (LACP e LIA) em razão do microssistema de processo coletivo, o Código de Processo Civil de 2015 admite expressamente, no artigo 327, parágrafo 2º, a cumulação de procedimentos diversos, se o autor empregar o procedimento comum, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados.

A regra constante no código permite, em muitos casos, a *solução total* ao problema enfrentado por meio de uma só ação judi-

11. KIRCHNER, Felipe; KETTERMANN, Patrícia. *A legitimidade da defensoria pública para o manejo de ação civil pública por ato de improbidade administrativa.* Revista dos Tribunais, vol. 929/2013, p. 361 – 415. Mar / 2013, DTR\2013\592.

cial, gerando economia processual. Para exemplificar, imagine-se situação na qual o ato ímprobo venha comprometendo o funcionamento de hospital público, causando a paralisação da realização de determinados procedimentos cirúrgicos. Nesse caso, o pedido deve englobar tanto a retomada da prestação dos serviços, como decorrência do direito fundamental à saúde, quanto a responsabilização e ressarcimento ao erário.

Destarte, consoante os fundamentos explicitados, adota-se posição na linha do que foi exposto ao longo desta obra, em defesa da abertura da legitimação nos processos coletivos. Nada obstante tratarmos aqui especificamente da Defensoria Pública, o alargamento proposto abarca uma abertura para diversos atores processuais, além do órgão incumbido da defesa dos necessitados. Restringir a legitimidade nos processos coletivos pode resultar em inércia de atuação. A pluralidade, ao inverso, assegurara maior proteção e efetividade ao direito.

Pontua-se, ainda, que a atuação da Defensoria Pública nas ações por ato de improbidade administrativa pode também ocorrer no polo passivo. Nestes casos, porém, atuará não como legitimada coletiva (em nome próprio em defesa de direito alheio), mas por meio de representação processual, no patrocínio da defesa de pessoa necessitada ré na ação.

Por fim, é válido observar que, considerando o disposto do artigo 37, §5º da Constituição Federal e de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, ações de *ressarcimento ao erário por improbidade administrativa* são imprescritíveis. Com efeito, com relação ao ressarcimento por prejuízo ao erário provocado por *ilegalidades tipificadas como de improbidade administrativa ou ilícito penal* não há que se falar em prazo prescricional. A contrário senso, é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil[12].

---

12. Neste sentido: STF. RE 669069/MG. Tribunal Pleno. Julgamento: 03/02/2016.
STF. RE 852475/SP. Tribunal Pleno. Julgamento: 08/08/2018.
STF. AI 481650 AgR-ED-ED/SP. Segunda Turma. Julgamento: 21/08/2017.
STF. Segunda Turma. RE 948533 AgR/SC. Min. DIAS TOFFOLI Julgamento: 31/03/2017.

CAPÍTULO XI

AÇÃO POPULAR E DEFENSORIA PÚBLICA

A ação popular tem como função decretar a invalidade do ato administrativo atacado - por nulidade ou anulabilidade - e, em consequência, a lesividade daí decorrente. Nos termos do artigo 21 da Lei 4.717/1965 (Lei da Ação Popular - LAP) a ação prescreve em cinco anos, sendo este, portanto, o prazo para se pleitear a decretação de invalidade do ato.

Com relação ao ressarcimento por prejuízo ao erário provocado por ilegalidades tipificadas como de *improbidade administrativa ou ilícito penal*, todavia, não se deve considerar o prazo prescricional, considerando o disposto no artigo 37, §5º da Constituição Federal, o qual dispõe sobre a imprescritibilidade nestes casos, sendo este o entendimento do Supremo Tribunal Federal. A contrário senso, é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de *ilícito civil*[1].

O microssistema de direito processual coletivo brasileiro é formado pela reunião e diálogo intercomunicante de vários diplomas. Essas diversas fontes, que dialogam, abarcam não somente o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública, mas todos os diplomas legislativos inerentes ao direito coletivo, cada qual apto a nutrir a carência de regulação das demais normas, as quais, assim, unidas, formam um sistema especializado.

1. Neste sentido: STF. RE 669069/MG. Tribunal Pleno. Julgamento: 03/02/2016.
STF. RE 852475/SP. Tribunal Pleno. Julgamento: 08/08/2018.
STF. AI 481650 AgR-ED-ED/SP. Segunda Turma. Julgamento: 21/08/2017.

Nada obstante esse diálogo das fontes, é importante reconhecer a existência de regras concernentes à procedimentos especiais de processo coletivo. Assim, as normativas se interpenetram para suprir a carência regulativa específica umas das outras, no que não houver regra especial tratando da respectiva matéria. É caso, por exemplo, do mandado de segurança coletivo. Nesse, a especialidade é identificada em seu procedimento especial, de rito sumário, com necessidade de menor número de atos e termos. É a celeridade procedimental especial que garante a tutela de direito coletivo líquido e certo em prazo razoável.

Não há, nesse caso (da ação mandamental), todavia, especialidade no que diz respeito à legitimação extraordinária. Bem por isso, é possível (e forçoso), conforme anotou-se em espaço destinado especificamente ao tema, a comunicação com a lei de Ação Civil Púbica e outras normas, com vistas a expandir o rol de legitimados para o Mandando de Segurança Coletivo, o mesmo ocorrendo com ações por ato de improbidade administrativa.

Ao passo em que a peculiaridade do rito do MS Coletivo não se liga à legitimação extraordinária específica, na Ação Popular é exatamente aí que reside a especialidade, pois concebida para assegurar *ao cidadão* o direito de participação pública em prol da coletividade a que pertence.

A legitimidade para a propositura da ação é conferida constitucionalmente a qualquer cidadão, conforme o artigo 5º, inciso LXXIII da Constituição Federal de 1988, o que amplifica seu alcance instrumental. Nos termos da lei de regência, basta ter capacidade política, comprovada pelo título eleitoral (Art. 1º, Lei 4.717/65), não sendo necessário possuir residência no domicílio eleitoral da propositura da ação, já que a legitimidade ativa não é do eleitor, mas do cidadão. A condição de eleitor é tão-só meio de prova documental da cidadania[2].

Note-se, assim, que o maior de dezesseis anos e o preso provisório poderão votar e, por consequência, propor ações populares. Já os estrangeiros e, durante o período de serviço militar, os conscritos, não possuem legitimidade ativa para o ajuizamento da

2. Neste sentido: STJ. REsp 1242800/MS. Segunda Turma. DJE 14/06/2011.

ação, já que não podem alistar-se (CF/88, Art. 14, §2º). Com relação aos estrangeiros, todavia, há que se excepcionar da vedação o português com residência permanente no Brasil, quando houver reciprocidade em favor dos brasileiros (CF/88, Art. 12, §1º). Também não possuem legitimidade as pessoas jurídicas (neste sentido, é a redação do enunciado 365 da súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal).

Não seria possível, assim, estender o rol de legitimados da Ação Popular para outros atores que não o cidadão, único com atribuição prevista para o manejo, conforme previsão contida no rol de direitos fundamentais da Carta de oitenta e oito[3]. Reforça essa ideia a existência da ação civil pública, capaz de proteger, com a mesma abrangência, os direitos tutelados por uma ação popular. Sendo assim, *a Defensoria Pública não é parte legitima para o ajuizamento da ação popular*. Da mesma forma, o Ministério Público, o qual poderia atuar apenas no caso de sucessão processual, quando o cidadão abandonar a causa (art. 9º da Lei 4.717/95), regra extensível, a nosso ver, também à Defensoria.

A íntima relação entre a ação popular e a ação civil pública, todavia, teria erigido uma espécie de *legitimidade multilegitimária*, já que a identidade entre estas ações é tão grande que "se a lesividade ou a ilegalidade do ato administrativo atingem o interesse difuso, passível é a propositura da Ação Civil Pública fazendo as vezes de uma *Ação Popular multilegitimária*"[4].

Encontra-se, ainda, previsão expressa da legitimidade institucional para a ação popular em algumas leis de regência das Defensorias Públicas nos respetivos estados federados. É o caso, por exemplo, da Lei Complementar 65/2003 do Estado de Minas Gerais, que organiza a Defensoria Pública naquele ente federativo, dispondo que compete à Defensoria Pública "patrocinar ação popular" (art. 5º, VII) e da Lei Complementar Distrital 828/2010, que Regula a prestação de assistência jurídica pelo Distrito Federal

---

3. Constituição Federal. Artigo 5º, LXXIII - *qualquer cidadão* é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.
4. Reconhecendo legitimidade multilegitimária como decorrência da afinidade entre ACP e AP: STJ. Primeira Turma. Recurso Especial 401.964/RO. DJ 11.11.2002.

(art. 6º, VI). Dispositivos desta natureza são de constitucionalidade duvidosa, caso se entenda que atribui legitimidade extraordinária para a Defensoria Pública atuar como parte na propositura de uma ação popular (assim como faz com relação à ação civil pública). Ao que parece, nestes casos, o legislador ordinário estadual apenas pretendeu deixar evidente que a Defensoria Pública tem atribuição para ajuizar a ação popular como representante do cidadão, sendo esta a leitura que melhor se adequa ao texto constitucional.

A par do debate acerca do alargamento da legitimidade, não existe impedimento para que a Defensoria Pública ajuíze ação popular como representante processual do cidadão legitimado - e não como substituto (legitimado extraordinário). A instituição, neste caso, estará em juízo discutindo interesse de outra pessoa (os necessitados) em nome dessa (age em nome alheio, *não sendo, portanto, parte*, como ocorre, por exemplo, na ação civil pública e no mandado de segurança coletivo).

Nesses casos o cidadão necessitado autoriza a Defensoria Pública a representa-lo, por meio do ajuizamento da ação. Importante observar que, por se tratar de atuação por meio de um defensor público, é dispensado o mandato (e por consequência a procuração), por força do artigo 44, XI; 89, XI e 128, XI, todos da Lei Complementar 80 de 1994 (Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública - LONDP), salvo para poderes especiais. Necessário, tão somente, que o interessado se enquadre no perfil de atendimento da instituição, cabendo ao defensor púbico responsável pelo acompanhamento da pretensão avaliar o cabimento da medida.

O cidadão, que detém capacidade de ser parte e legitimidade, procura a Defensoria Pública, que possui capacidade processual. Assim, a Defensoria representa-o, a qual, por sua vez, é presentada pelo Defensor Público, órgão responsável por levar a questão ao juízo. Este último é a própria extensão da instituição, parte integrante de seu corpo.

Questão interessante surge quando o cidadão que comparece à Defensoria Pública não se revela necessitado, não fazendo jus, portanto, ao atendimento institucional. Porém, analisando o caso concreto, verifica-se que eventual procedência da ação popular beneficiará camada vulnerável/necessitada da população.

É razoável que, nessa situação, não havendo outro instrumento processual apto a amparar com a mesma amplitude e eficiência o direito em jogo, seja possível aferir a legitimidade de atuação da Defensoria Pública de forma indireta, considerando, inclusive, que diversos necessitados atingidos são cidadãos igualmente legitimados para a ação, muitos dos quais *incapacitados informacionais*, por desconhecerem essa condição e demais direitos seus (inclua-se, aí, o próprio direito à assistência jurídica gratuita). De toda forma, é difícil visualizar alguma situação onde não seja possível tutelar o direito com a mesma amplitude e eficiência através de uma ação civil pública. Sendo assim, apresenta-se como solução a propositura da *ação popular multilegitimária* (que ao fim e ao cabo é ação civil pública), acima mencionada.

É possível ainda imaginar situação na qual, já tendo sido proposta a ação popular, seja possível considerar o ingresso posterior da Defensoria Pública para atuar no polo ativo, em assistência litisconsorcial ativa com o cidadão. Nestes casos, parece mais lógico, sob o ponto de vista da economia processual e para evitar decisões contraditórias, que seja possível o ingresso da instituição na ação popular, em lugar de propor uma ação civil púbica com o mesmo objeto, especialmente quando não possa a ação civil pública ajuizada posteriormente com o mesmo objeto ser processada e julgada junto à ação popular[5] (por exemplo, no caso de uma ação popular já sentenciada e com julgamento pendente no Tribunal), aplicando-se as leis da ação popular e da ação civil pública, que possibilitam o litisconsórcio entre os legitimados e a intervenção do Ministério Público na ação popular (regra extensível à Defensoria Pública).

De lege ferenda, melhor seria unificar as ações (popular e ação civil pública), criando um sistema de proteção com a participação direta do cidadão, fortificado pela presença de instituições públicas também legitimadas, como é a Defensoria Pública.

5. Constitui matéria de interesse público, ante a necessidade de evitar a dispersão jurisdicional, que atrasaria a prestação jurisdicional e criaria insegurança jurídica, devido à possibilidade de decisões contraditórias, a determinação da competência de Juízo único para ajuizamentos plúrimos de processos por torcedores, clubes, entidades e instituições, inclusive o Ministério Público e a Defensoria Pública, de forma pulverizada, em todo o território nacional. (STJ. CC 132.402/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/6/2014, DJe 1º/7/2014).

Em suma, a Defensoria Pública não possui legitimidade extraordinária para o ajuizamento da ação popular. Devido à proximidade entre a ação popular e a ação civil pública, mostra-se possível que a instituição promova o que se denominou de ação popular multilegitimária, que é uma ação civil pública fazendo as vezes de uma ação popular. Isto não impede que o ajuizamento da ação popular como representante do cidadão, sendo este o sentido das leis estaduais - que preveem a legitimidade - que melhor se adequa à regra constitucional que a atribui unicamente ao cidadão. Em situações excepcionais, é possível pensar na aferição indireta do interesse (da legitimidade) de cidadãos necessitados, que seriam atingidos por uma ação (popular) ajuizada pela Defensoria Pública em benefício desta coletividade, em situação na qual a ação civil pública (ou outro instrumento) não seja capaz de proteger com a mesma extensão os direitos tutelados. Não se deve descartar, também, a possibilidade de ingresso da Defensoria Pública no polo ativo de uma ação popular já ajuizada pelo cidadão, pelas razões acima mencionadas.

Ainda que se conclua pela ilegitimidade propor a ação em determinado caso, uma vez ajuizada a ação, à luz das regras do microssistema coletivo (art. 9º da Lei 4.717/95; art. 5º, §3º da Lei 7.347/85), deve haver o aproveitamento do processo coletivo, com a substituição da parte inadequada para a condução da demanda, realizando sua sucessão por outro colegitimado. Optar por simplesmente extinguir o processo sem resolução do mérito, além de ir contra o princípio da primazia da decisão de mérito (Art. 4º, CPC), mostra-se ineficaz sob o ponto de vista da efetividade dos direitos coletivos[6].

O mesmo ocorre no caso de litispendência. Verificando a existência de duplicidade de ações coletivas (por exemplo, uma ação popular e uma ação civil pública), não se deve seguir a regra geral que simplesmente determinar a extinção do processo individual (cf. art. 485, V, CPC). Nestes casos, a solução deverá ser a reunião, sempre que possível, para julgamento conjunto dos processos.

6. Neste sentido: DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. 4v. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p.212.

Acerca das custas ou preparo nas ações populares, o autor, salvo comprovada má-fé, não as pagará. O tema é tratado com mais especificidade em capítulo constante neste livro dedicado a questões relevantes do processo coletivo (mais especificamente nos tópicos sobre a *gratuidade no processo coletivo* e sobre a *condenação em verbas de sucumbência no processo coletivo*, para onde remeto o leitor).

Em regra, a competência para processar e julgar a ação popular é do juízo de primeiro grau, não importando que autoridade expediu o ato impugnado (p. ex. Presidente da República ou Prefeito). Exceção à regra ocorrerá nos casos em que for prevista a competência originária dos Tribunais, como ocorre no artigo 102, I, "n" da Constituição Federal, que atribui competência originária ao Supremo Tribunal Federal para processar e julgar, originariamente, "a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados", devendo, diante do caso concreto, ser analisada também a competência dos Tribunais de Justiça, que em geral são dispostas nas constituições estaduais.

Aspecto também importante é aquele relacionado à desnecessidade de comprovação de prejuízo econômico ao erário. O artigo 5º, LXXIII da Constituição Federal e o artigo 1º, § 1º da Lei 4.717/1965, ao definirem o patrimônio público como bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico, deixam claro que o termo é utilizado de maneira ampla, abarcando não apenas o patrimônio econômico, mas também o patrimônio moral, o cultural e o histórico, dentre outros valores. Tal entendimento foi corroborado pelo Superior Tribunal de Justiça, através do julgamento do REsp 1.130.754-RS, entendendo-se que "é possível, no plano abstrato, afirmar a prescindibilidade do dano para a propositura da ação popular" independentemente da existência de prejuízo ao erário (trecho em aspas retirado da decisão no AgRg no REsp 1.130.754-RS), de forma que "a ação popular é instrumento hábil na defesa da moralidade administrativa, ainda que inexista dano econômico material ao patrimônio público" (trecho retirado de decisão monocrática no REsp 1.130.754-RS), de forma que os benefícios dessa ação se voltam para a comunidade, para "o povo

enquanto titular do direito subjetivo que se pretende proteger" (trecho retirado do inteiro teor Agravo no Recurso Extraordinário - ARE 824781 RG / MT)[7].

A ação popular não é sucedâneo de *ação direta de inconstitucionalidade*, ou seja, não é via processual adequada para a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos de leis ou atos normativos de forma geral ou abstrata. É possível, todavia, impugnar a lei visando anular o ato administrativo que se encontra nela calcado, sendo a análise da inconstitucionalidade, nestes casos, realizada de maneira incidental (*incidenter tantum)*, via controle difuso. Por exemplo, pode-se impugnar determinado ato administrativo, apontando, como causa de pedir, a inconstitucionalidade do dispositivo da lei que o instituiu. Na forma da jurisprudência, é possível a declaração incidental de inconstitucionalidade em ação popular, desde que a controvérsia constitucional não figure como pedido, mas sim como causa de pedir, fundamento ou simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal, em torno da tutela do interesse público[8]. Descabe aqui confundir o controle concentrado de constitucionalidade com o difuso, podendo este último ser implementado por qualquer Juízo nos processos em geral, inclusive coletivo[9].

---

7. Acerca da utilização da ação popular como instrumento hábil para a defesa da moralidade administrativa e para o controle social dos gestores públicos, destaca-se o estudo desenvolvido pelo professor Filipe Braga Albuquerque junto à Universidade Federal do Ceará – UFC.
8. Neste sentido: STJ. AgInt no REsp 1352498 / DF. Primeira Turma. DJe 08/06/2018; STJ. REsp 1.559.292/ES. Segunda Turma. DJe 23/05/2016.
9. Neste sentido: STF. Rcl 8605 AgR / MG. Tribunal Pleno. Julgamento: 17/10/2013.

CAPÍTULO XII

MANDADO DE INJUNÇÃO E DEFENSORIA PÚBLICA

A mera enunciação de direitos não se mostra suficiente, mesmo quando encartada na Constituição, adquirindo a natureza de fundamentais. Por vezes, é necessário que o Estado seja compelido a efetivar o mandamento constitucional. Ciente disso, o constituinte brasileiro buscou criar um instrumento para ser manejado quando violados direitos fundamentais por omissões do poder público.

Os traços básicos deste remédio, nominado de mandado de injunção, constou já na redação da Constituição Federal de 1988, de modo que seu exercício não depende de lei regulamentadora, por se tratar de norma de eficácia plena. Essa, aliás, era a posição da doutrina e da jurisprudência pátria mesmo antes do advento da Lei 13.300/2016, já que não faria sentido exigir a elaboração de uma lei que regulasse o processo e julgamento da ação que tem como finalidade justamente suprir a impossibilidade do gozo de direitos por falta de regulamento.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, mesmo antes da nova legislação (Lei 13.300/2016), já havia julgado diversos mandados de injunção, a exemplos dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712 (referentes à greve dos servidores públicos, decidindo que, enquanto não for elaborada a regulamentação, valem as regras previstas para o setor privado - Lei nº 7.783/89) e 721 e 758 (reconheceu a existência de omissão legislativa no tocante à regulamentação do disposto no art. 40, § 4º, da Constituição, decidindo que, inexistindo disciplina específica na legislação infraconstitucional sobre a aposentadoria especial do servidor público sujeito a condi-

ções especiais de trabalho, a omissão deverá ser suprida mediante aplicação do art. 57, § 1º, da Lei 8.213/91, que trata do plano de benefício dos trabalhadores vinculados ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS). Com feito, verifica-se na jurisprudência da Corte, já em 1994, muito antes, portanto, de sua expressa previsão na legislação ordinária, o processamento do Mandado de Injunção, conforme decisão no MI 20/DF.

A lei 13.300 de 2016 (Lei do Mandado de Injunção – LMI), que regulamentou o mandado de injunção, veio à lume para dar maior operatividade ao instituto. A novel legislação passou a integrar o microssistema processual coletivo, de forma que ao MI coletivo aplicam-se suas regras (da LACP, do CDC e demais normas do sistema), de forma supletiva e subsidiária.

No plano constitucional, o remédio encontra previsão no artigo 5º, LXXI, da CF/88:

> Art. 5º. LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

O artigo 2º da Lei 13.300/2016 reproduz a norma constitucional, avançado, porém, para deixar claro que a *omissão* pode ser *total* ou *parcial*:

> Art. 2º Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta *total ou parcial* de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.
> Parágrafo único. Considera-se parcial a regulamentação quando forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente.

O objeto do mandado de injunção se volta, assim, para a viabilizar o imediato exercício de direito, *independente de regulamentação*, ou seja, sem a necessidade de se aguardar pela obtenção da norma regulamentadora. Trata-se de processo subjetivo, que busca resolver situação concreta. Diferencia-se, assim, da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Pode ser individual ou coletivo, a depender do direito material envolvido e seu titular (indivíduo; ou grupo, categoria ou

classe de pessoas), possuindo dupla finalidade: (a) determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora; (b) estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado. A primeira (determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora) deverá ser dispensada quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido (Art. 8º da LMI).

Quanto à *legitimidade*, a LMI estabelece que são *legitimados passivos* o Poder, o órgão ou a autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora (art. 3º da LMI). A petição inicial deverá indicar, além do órgão impetrado, a pessoa jurídica que ele integra ou aquela a que está vinculado (art. 4º da LMI).

Já os *legitimados ativos* para o mandado de injunção são, segundo a lei (art. 3º), as pessoas naturais ou jurídicas que se afirmam titulares dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas impedidas de serem exercidas por ausência de norma regulamentadora. Trata-se de previsão relativa ao mandado de injunção individual. Neste aspecto, nada impede que a Defensoria Pública, representando a pessoa necessitada, se valha do instrumento, como ocorre em qualquer outra ação individual, por meio de *representação processual*.

Já no tocante ao mandado de injunção coletivo, a lei previu expressamente a Defensoria Pública como legitimada ativa (caso de *substituição processual*), no artigo 12, inciso IV:

> Art. 12. O mandado de injunção coletivo pode ser promovido:
>
> I - pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis;
>
> II - por partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária;
>
> III - por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus

> membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial;
>
> IV - *pela Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.*

Como se observa, a lei adota a ideia de *representatividade adequada*, não havendo legitimados universais. Em cada inciso, especifica a pertinência de atuação do respectivo legitimado, de acordo com suas funções, que, com relação à Defensoria Pública, são extraídas do artigo 134 da Constituição Federal, vinculando-se à *promoção dos direitos humanos e à defesa dos necessitados.*

Antes mesmo da Lei 13.300/2016, a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (LC 80/1994) já previra, genericamente, a legitimação do ente para o mandado de injunção, em seu artigo 4º, IX. Verificava-se, assim, desde antes, legitimação extraordinária por substituição processual decorrente de autorização do ordenamento jurídico (Art. 18, CPC), como noção de uma legitimação conglobante[1].

O artigo 7º da LMI determina que, após o prazo para apresentação das informações, será ouvido o Ministério Público, no prazo de dez dias. Findo este prazo, com ou sem parecer, os autos serão conclusos para decisão. Nos termos legais, portanto, o que é obrigatório é oportunizar-se ao *Parquet* manifestar-se quando não for autor, não sendo imprescindível sua manifestação para a continuidade do processo.

Questão interessante é saber o que ocorre se o magistrado concluir pela *inadequação do legitimado* que propor a ação, diante do caso concreto. Nestes casos, à luz das regras do microssistema coletivo (art. 9º da Lei 4.717/95; art. 5º, §3º da Lei 7.347/85), deve haver o aproveitamento do processo coletivo, com a substituição da parte inadequada para a condução da demanda, realizando sua sucessão por outro colegitimado, por meio da publicação de edi-

1. Art. 18. Ninguém poderá pleitear *direito alheio em nome próprio*, salvo *quando autorizado pelo ordenamento jurídico*.

tal. Optar por simplesmente extinguir o processo sem resolução do mérito, além de ir contra o princípio da primazia da decisão de mérito (art. 4º, CPC), se mostrar ineficaz sob o ponto de vista da efetividade dos direitos coletivos[2].

O mesmo ocorre no caso de *litispendência*. Verificando a existência de duplicidade de mandados de injunção coletivos, não se deve seguir a regra geral que determinar a extinção do processo individual (art. 485, V, CPC). Nestes casos, a solução deverá ser a reunião deles, sempre que possível, para processamento simultâneo, já que a colegitimação coletiva é disjuntiva e concorrente, tendo os legitimados o direito de participar, em litisconsórcio, da formação da decisão comum ao grupo que representam. Neste ponto, é válido registrar que não há nada que vede a formação de litisconsórcio entre ramos da Defensoria Pública. Por exemplo, pode a Defensoria Pública da União e alguma Defensoria Pública do Estado atuar facultativamente em litisconsórcio ativo, situação bastante comum. Com efeito, "é possível o litisconsórcio facultativo entre Defensorias Públicas colegitimadas à propositura da mesma ação coletiva"[3], devendo sua formação se justificar por alguma razão específica do caso concreto, sempre que as circunstâncias do caso recomendem.

Se por um lado é possível haver litispendência no caso múltiplas ações coletivas, não há possibilidade de sua ocorrência entre ação individual e coletiva, já que se trata de situações jurídicas distintas, tendo como titular, em um caso, o indivíduo e, em outro, uma coletividade. Essa regra geral é replicada expressamente no artigo 13, parágrafo único, da Lei 13.300/2016, onde consta que "o mandado de injunção coletivo não induz litispendência em relação aos individuais".

A parte final artigo 13, contudo, indica que "os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante que *não requerer a <u>desistência</u> da demanda individual no prazo de trinta dias a contar da ciência comprovada da impetração* coletiva". Trata-se de um direito

---

2. Neste sentido: DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 4v. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p.212.
3. DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 4v. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 240.

de opção de excluir-se do alcance da demanda coletiva (*right to opt out*), condicionado à notificação inequívoca (*fair notice*). A regra é criticada pela doutrina em geral, a qual entende que melhor seria a previsão da *suspensão* da ação individual – e não sua desistência –, como ocorre na previsão do artigo 104 do CDC.

Por inequívoca deve-se compreender a ciência nos autos da ação individual, competindo à parte Ré dar *ciência aos interessados* da existência da Ação Coletiva, momento no qual começa a correr o prazo de trinta dias para a parte Autora postular a suspensão do feito individual. Caso isto não ocorra, deverá prevalecer a coisa julgada que beneficiar o autor, não sendo possível vedar-lhe a extensão dos efeitos decorrentes da coisa julgada na Ação Coletiva (Neste sentido: STJ. REsp 1593142/DF. Min. Napoleão Nunes Maia. Primeira Turma. DJe 21/06/2016).

O *interesse processual* que deve ser levado em conta é o dos substituídos (grupo/coletividade) e não dos substitutos processuais (legitimados), já que os direitos coletivos são situações jurídicas atribuídas a um grupo de pessoas. *O mandado de injunção coletivo, assim, pode servir para a tutela de interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos*, não importando se o grupo é determinado ou não (art. 12, parágrafo único, LMI). O grupo é que delimita a *extensão subjetiva da coisa julgada* coletiva, de forma que a decisão tomada no MI Coletivo atingirá todo agrupamento de pessoas, *independente de autorização específica do membro para a impetração* (conforme melhor leitura do *caput* do artigo 13 da Lei 13.300/2016). Os efeitos serão, assim, *erga omnes* (no caso de envolver pessoas indeterminadas, ou seja, direitos difusos; ou quando envolver titulares de direitos individuais abstratamente considerados, ou seja, direitos individuais homogêneos) ou *ultra partes* (quando envolver grupo, classe ou categoria ligadas por circunstâncias de fato – direitos coletivos em sentido estrito) – conforme artigo 103 do CDC. No caso de direitos individuais homogêneos, a condenação deverá ser genérica na fase de conhecimento, nos termos do artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor.

Para o mandado de injunção individual, a disposição contida *caput* do artigo 9º afirma que "a decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes" e "produzirá efeitos até o advento da norma

regulamentadora". Com relação à parte final, estabelece o artigo 11 que a *norma regulamentadora superveniente* produzirá efeitos *ex nunc* em relação aos beneficiados por decisão transitada em julgado, salvo se a aplicação da norma editada lhes for mais favorável (retroatividade benéfica), assim como que estará prejudicada a impetração se a *norma regulamentadora for editada antes da decisão*, caso em que o processo será extinto sem resolução de mérito. Assim, havendo alteração legislativa que supra a mora legislativa, o processo ficará prejudicado ou a decisão, se já houver, perderá sua eficácia. A coisa julgada no mandado de injunção não impede a incidência da nova lei. Trata-se daquilo que se denominou de *coisa julgada a termo certo.*

A lei dispõe ainda que se o indeferimento do pedido ocorrer por insuficiência de provas, não estará impedida a renovação da impetração fundada em outros elementos probatórios, adotando-se a regra da coisa julgada *secundum eventum probationis*, já antes prevista no microssistema coletivo (Art. 18 da LAP; Art. 16 do LACP; Art. 103 do CDC; Art. 22 da LMS). Apesar da posição topológica – encontram-se inseridas dentro de artigos que tratam do MI Individual –, tais regras, concernentes à superveniência de norma regulamentadora (Art. 11) e à coisa julgada *secundum eventum probationis* (Art. 9º, §3º), são logicamente aplicáveis aos mandados de injunção coletivos.

Os parágrafos do artigo 9º da LMI contêm disposição interessante, permitindo que seja conferida *eficácia ultra partes ou erga omnes à decisão tomada em processo individual* ou que, após transitar em julgado, seus efeitos possam ser estendidos aos casos análogos por decisão do relator. Neste ponto, entendo, conforme parcela da doutrina já vem apontando, que restou reconhecida a possibilidade de conversão da ação individual em coletiva, de forma similar ao que ocorreria com o artigo 333 do CPC, caso não tivesse sido vetado. Certo é que, diferente da regra genérica constante no Código de Processo Civil, a previsão da Lei 13.300 foi mantida, não tendo ocorrido veto. A partir da regra trazida pela Lei do MI ao microssistema, não é desarrazoado defender a possibilidade de extensão coletiva da decisão também em outras espécies de processo coletivo, sem prejuízo da aplicação do artigo 139, X do CPC, que determina que sejam oficiados os legitimados para a propositura

de ação coletiva sempre que houver diversas demandas individuais repetitivas que possam ser objeto de processo coletivo.

Como exemplo prático de utilização do instrumento pela Defensoria Pública, menciona-se o Mandado de Injunção Coletivo ajuizado pela DPE/MG, em face da ausência de regulamentação de lei estadual mineira (Lei nº 13.604/2000) que previu a criação de uma comissão especial para acompanhar os processos de desocupação de áreas invadidas para assentamento rural ou urbano no Estado, considerando que a falta da regulamentação da lei estadual tornava inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais concedidos aos ocupantes de áreas invadidas para assentamento rural ou urbano no Estado. A ação culminou com a expedição do diploma normativo após julgamento procedente da demanda[4].

Em outra situação, a Defensoria Pública da União ajuizou Mandado de Injunção Coletivo perante o Supremo Tribunal Federal, diante da omissão quanto à aposentadoria especial dos servidores públicos com deficiência que não exerçam suas atividades sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física (ou seja, não se encaixam na súmula vinculante 33 do STF), requerendo, também para eles, a aplicação das regras do Regime Geral de Previdência, enquanto não advenha a norma regulamentadora[5].

Por fim, cita-se o Mandado de Injunção ajuizado pela Defensoria Pública de Santa Catarina, envolvendo o sistema municipal de defesa do consumidor, tendo o Município, por conta da atuação, editado a lei via Câmara Municipal, culminando com a posterior criação do PROCON[6].

4. MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 1.0000.17.005054-6/000 – COMARCA DE BELO HORIZONTE – IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS – IMPETRADO: GOVERNADOR DO ESTADO DE MINAS GERAIS - INTERESSADO: ESTADO DE MINAS GERAIS.
5. Mandado de Injunção 7.006, ainda em curso quando do fechamento da presente edição.
6. Processo 0300742-46.2016.8.24.0066. Vara única de São Lourenço – SC.

CAPÍTULO XIII

FUTURA EMENDA CONSTITUCIONAL PODERÁ SUPRIMIR A LEGITIMIDADE COLETIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA?

Conforme observamos ao longo desta obra, a Emenda Constitucional 80 de 2014 fez constar expressamente na Constituição Federal a capacidade de a Defensoria Pública atuar em demandas coletivas (artigo 134, *caput*, da Constituição Federal de 1988).

Antes disso, havia já previsão normativa constante, em um primeiro momento, na lei 7.347 (Lei da Ação Civil Pública), em razão da alteração promovida pela lei 11.448 de 2007 e, posteriormente, também, na lei complementar 80, por força de alteração promovida pela LC 132 de 2009.

A previsão contida no artigo 134 revela-se, ao mesmo tempo, como direito, garantia e dever fundamental[1], o que resta evidente quando faz expressa referência ao inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal, relacionando-se ao acesso à justiça.

Aliás, conforme anota Amélia Soares da Rocha[2], com base nos diplomas do sistema universal de direitos humanos, o direito à assistência jurídica integral e gratuita "constitui-se num dos alicerces do Estado Democrático de Direito por sua essencialidade instrumental para a efetivação da dignidade humana".

---

1. Sobre o tema ver capítulo 2, item 2.2 - Defensoria Pública como direito, garantia e dever fundamental.
2. ROCHA, Amélia Soares da. *Defensoria pública: fundamentos, organização e funcionamento*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 24.

A assistência jurídica gratuita, até mesmo em razão de sua posição topológica, inserida no artigo 5º da Constituição Federal, que trata do direitos e garantias individuais, configura uma cláusula pétrea, não podendo ser objeto de proposta tendente a aboli-la (art. 60, §4º, IV, CF/88). Neste aspecto, cabe observar a distinção entre *cláusulas pétreas tópicas* e *cláusulas pétreas heterotópicas*. As primeiras são aquelas previstas expressamente no artigo 60, parágrafo 4º, da Constituição Federal (a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes; e os direitos e garantias individuais). Por outro lado, as cláusulas pétreas heterotópicas são aquelas espalhadas pelo texto constitucional, fora do rol previsto no mencionado artigo 60. Neste aspecto, a própria Defensoria Pública e seu delineamento constante no artigo 134 da Constituição (com redação e os avanços trazidos pela EC 80/2014), tratando-se de uma conquista do Estado Democrático (expressão e instrumento do regime democrático) de Direito, configura uma cláusula pétrea (heterotópica), que não pode ser abolida sob pena de subversão dos valores constitucionais estruturados na Constituição. O raciocínio é aplicável a outras instituições, como o Poder Judiciário e o Ministério Público.

De mais a mais, tratando-se de um direito prestacional, incide a teoria da *proibição de retrocesso*. Também conhecida como *efeito cliket* (ou ainda *princípio do não-retrocesso social*, expressão usada por Canotilho), dispõe que "os avanços perpetrados pelo legislador no campo dos direitos sociais e demais direitos prestacionais não podem sofrer retrocesso. Essa opção teórica social-democrata tem, por um lado, a desvantagem de intervir demais na liberdade ou discricionariedade orçamentária do parlamento, de natureza eminentemente política, mas, por outro, coaduna-se perfeitamente com a teoria liberal dos direitos fundamentais quando se reconstrói a proibição de retrocesso como proibição de intervenções não justificadas em posições jusfundamentais sociais consolidadas[3]". Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha, comentando o aludido artigo 134, escrevem:

3. MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CANOTILHO, J. J. Gomes. (Corrds.). *Comentários à constituição do brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

> "Incide, no caso, o princípio da proibição de retrocesso toda vez que a lei legitime mais de um representante adequado para o ajuizamento da ação coletiva. Esta é a vontade da Constituição, esta é a sua direção. Inconstitucional, ao contrário, é a interpretação que restringe a legitimação conferida de maneira adequada. Vale aqui, para finalizar, o brocardo latino que determina ser na teoria dos direitos fundamentais '*odiosa restringenda, favorabilia amplianda*'[4].[5]

Restando vedado o retrocesso e verificando-se que a previsão contida no artigo 134 do texto constitucional faz parte do avanço perpetrado no âmbito de alcance do direito fundamental albergado pelo inciso LXXIV da Constituição Federal, chega-se à resposta ao questionamento feito acima: *a legitimidade da Defensoria Pública para atuar em demandas coletivas, hoje constitucionalizada, não pode ser suprimida.*

4. "*Odiosa restringenda, favorabilia amplianda*": Restrinja-se o odioso; amplie-se o favorável.
5. *Ibidem.*

QUESTÕES RELEVANTES DO PROCESSO COLETIVO

A ausência de um código de processo civil coletivo ou sua disciplina no código de processo civil brasileiro não tem impedido a construção de sólida doutrina neste campo. As controvérsias sobre diversos temas, todavia, são por vezes potencializadas pelos inúmeros inconvenientes decorrentes da falta de regulação unificada.

Recorrer ao microssistema processual coletivo tem se mostrado a saída mais segura e adequada para a solução das controvérsias sobre a matéria. Por questões históricas, a abordagem é realizada, no mais das vezes, sob uma ótica que desconsidera a Defensoria Pública como legitimada para o processo. Demais disso, se algumas vezes a interpretação de institutos do processo coletivo é aplicável de maneira uniforme a todos os legitimados coletivos, a atuação do órgão tem revelado a necessidade de considerar suas peculiaridades com relação a determinados temas.

Neste capítulo serão abordados temas mais gerais da tutela processual coletiva, selecionados em razão de sua relevância na atuação institucional.

14.1 MICROSSISTEMA DO PROCESSO COLETIVO

Não existe um Código de Processo Coletivo no Brasil. As tentativas de reunião das normas processuais da tutela coletiva em um só diploma legal, até o presente momento, foram frustradas. O sistema processual coletivo, hoje, é formado por regras e princípios constantes em diversas leis esparsas.

Assim, a organização do sistema coletivo brasileiro é descodificada, constituindo-se por meio de um microssistema (*microssistema processual para a tutela coletiva*), onde diversos diplomas legais se harmonizam de forma a sistematizar os princípios e regras sobre o tema.

O microssistema – também chamado de *minissistema* ou de *sistema único coletivo* – resulta da reunião de normas distribuídas por inúmeras leis. Seu núcleo duro é formado pelas leis 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) e 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), mas se compõe da integração de diversas outras, como as 4.717/1965 (Lei da Ação Popular), 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), 12.016/2009 (Lei do Mandado de Segurança), 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), 7.853/1989 (Lei das Pessoas Portadoras de Deficiência), 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), 7.913/1989 (Lei dos Investidores dos Mercados de Valores Imobiliários), 6.938/1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), a própria Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública – LC 80/1994, que prevê dentre as funções institucionais a promoção de todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes, a Constituição Federal (fundamento de validade de todas as normas) etc. Parcela da doutrina, a exemplo de Hermes e Didier, aponta que a Lei da Ação Popular também comporia o núcleo do sistema, junto com a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor[1].

Por meio do microssistema processual coletivo as normas que tratam da tutela coletiva de direitos se comunicam e se completam. Os artigos 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC funcionam como normas de envio, possibilitando o surgimento do minissistema, no qual se comunicam também as outras leis que tutelam direitos de natureza coletiva, as quais, através de diálogo intercomunicante, nutrem a carência de regulação umas das outras, formando um sistema especializado.

1. DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. 4v. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 56.

Apesar desse diálogo das fontes, é importante reconhecer a existência de regras peculiares, concernentes à procedimentos específicos. Daí surge a principal dificuldade do sistema, que gera problemas e dúvidas a respeito da norma aplicável ao caso concreto, nem sempre identificável de maneira simples e longe de controvérsias.

Algumas premissas podem ser estabelecidas para auxiliar nesta missão. Na prática, todavia, a tarefa não é das mais simples e não há pacificidade na doutrina quanto a estes critérios.

Primeiramente, a solução deve ser buscada dentro do microssistema. Neste, deve-se buscar aplicar a norma mais benéfica à tutela do direito material em jogo, visando conferir a maior e mais efetiva proteção; Existindo regras específicas em alguma lei sobre determinado assunto, deve-se procurar respeitar sua própria regulamentação. Nesse sentido, na maior parte dos casos, havendo norma em lei específica, esta deve ser aplicada; Somente em caso de omissão ou insuficiência se buscará a norma geral nas demais leis do microssistema; Por fim, aplicam-se as normas do Código de Processo Civil quando não houver regramento para o caso no minissistema e a norma do CPC não afronte os princípios do processo coletivo.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, todavia, pode-se afirmar que a aplicação do código de processo deixou de ser meramente subsidiária. Superando o modelo individualista do CPC de 1973, o código processual de 2015 estabelece um sistema aberto e flexível, fazendo, inclusive, menção expressa às ações coletivas (artigos 139, X e 985, I). Como anotam Hermes Zaneti e Fredie Didier o Código de Processo Civil de 2015 "não está de costas para o microssistema da tutela coletiva: o CPC o abraça e o envolve, sendo a ponte entre o processo coletivo e a Constituição"[2].

Neste aspecto, não se pode negar haver no código partes que devem ser aplicadas mesmo diretamente ao processo coletivo, como os princípios da boa-fé e da cooperação (artigos 5º e 6º), a vedação de decisão não surpresa (art. 10), os precedentes obrigatórios (art. 927) etc.

---

2. DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. 4v. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 52.

Passa a haver uma relação de intertextualidade entre o CPC e as leis do microssistema coletivo, numa dinâmica não somente de subsidiariedade e supletividade, mas também de forma direta, diante da incompletude das leis do microssistema, por meio de uma nova configuração (de diálogo), com o código de processo reconhecendo a existência do processo coletivo e incorporando normas ao minissistema.

Assim, o Código de Processo Civil deixou de ser meramente residual, como ocorrida com o diploma de 1973, passando a dialogar com o microssistema. Em última análise, com o advento do diploma de 2015, o CPC passa a ser mais uma fonte normativa do microssistema.

Por fim, pode-se que concluir que, nada obstante as dificuldades dele decorrentes, dada a ausência de regulamentação unitária ou codificada, o microssistema tem servido como salvaguarda na efetiva proteção dos direitos coletivamente considerados.

14.2 HÁ UM PROCEDIMENTO COMUM PARA AS CAUSAS COLETIVAS?

Parcela da doutrina afirma haver um processo padrão para as causas coletivas, decorrente da integração do núcleo duro do microssistema coletivo (Leis 7.347/1985 – LACP e 8.078/1990 – CDC), tratando-se de um *procedimento comum* da tutela coletiva[3].

Certo é que as diversas leis do microssistema trazem regras concernentes a procedimentos especiais, como a Lei 12.016 para o mandado de segurança, a Lei 4.717/1965 para a ação popular e a Lei 8.429/1992 para a ação por improbidade.

Dada a própria natureza incompleta das leis que compõem o microssistema coletivo, no mais das vezes, não há uma regulação completa com relação a tais procedimentos especiais ou a especialidade somente diz respeito a determinados pontos, atos ou fases processuais (veja-se o caso da manifestação prévia prevista no artigo 17, §7º da Lei 8.429/1992).

3. Neste sentido: DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. 4v. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 61.

Assim, o que se chama de procedimento comum configura a primeira fonte de colmatação de lacunas legais. Ou seja, não havendo regra específica em determinada lei, deve-se buscar a solução, como visto no tópico anterior, dentro do microssistema, incialmente em seu núcleo duro, formado pela LACP e o CDC e, após, nos demais diplomas que compõem o sistema coletivo.

14.3 AÇÃO COLETIVA OU AÇÃO CIVIL PÚBLICA? DISTINÇÕES TERMINOLÓGICAS

A *ação coletiva* é gênero, do qual são espécies diversas ações e seus procedimentos voltados para a tutela coletiva, como a *ação civil pública*, a *ação popular*, o *mandado de segurança coletivo*, a *ação para improbidade administrativa* e as *ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos* (cuja previsão é extraída dos artigos 91 e 100 do CDC, parte integrante do microssistema coletivo).

A questão, todavia, é objeto de cizânia, havendo divergência acerca da nomenclatura, especialmente em relação aos termos "ação civil pública" e "ação coletiva". Encontramos, basicamente, três posições: *(1)* Ação coletiva e ação civil pública são expressões sinônimas, não havendo interesse prático na distinção. *(2)* Ação coletiva é gênero, que engloba diversas espécies, dentre elas a ação civil pública. *(3)* Há diferença entre as expressões, que não são sinônimas, não se tratando do binômio gênero-espécie.

Quanto à terceira corrente, não há pacificidade quanto à diferenciação. De um lado, realiza-se distinção baseada na titularidade do poder de invocar a tutela judicial, entendendo-se que a *ação civil pública* é aquela proposta pelo Ministério Público, enquanto a *ação coletiva* é a ajuizada por outros legitimados coletivos. Para esta vertente, "a rigor, a ação civil pública é a ação de objeto não penal proposta pelo Ministério Público"[4]. A ideia parte de uma compreensão histórica, porém, já superada, na medida em que a tal distinção ocorria especialmente em face da legitimidade das associações (sendo que hoje existem outros legitimados públicos),

4. MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 73.

assim como se inspirava na exclusividade do *Parquet* para a ação penal pública, que não se confunde com a ação civil pública, não havendo que se falar em exclusividade para esta última, conforme o artigo 129, parágrafo primeiro, da Constituição Federal.

Noutra banda, há quem entenda que a distinção se realiza a partir da espécie do direito tutelado, ou seja, enquanto a ação coletiva se presta à defesa dos *direitos individuais homogêneos* (com base no CDC), a *ação civil pública* se volta para a tutela dos interesses *difusos e coletivos* (com base na Lei 7.347/85). Fala-se, assim, em uma espécie de *ação coletiva ordinária* (ou inominada), no primeiro caso.

Em algumas decisões do Supremo Tribunal Federal (RE 573.232, RE 612.043/PR e RE 733.232/SC) encontra-se também o uso da expressão "ação coletiva ordinária" ou "ação coletiva de rito ordinário", em outro sentido: designando ações envolvendo direitos meramente individuais reunidos para a defesa por representação processual, quando um grupo de associados autoriza a associação da qual são membros a, atuando em nome alheio na defesa de direito alheio, ajuizar uma ação em benefício deste grupo, com base no artigo 5º, inciso XXI da CF/88. Esta "ação coletiva ordinária", portanto, não se confunde com uma ação civil pública. Ou seja, trata-se de uma ação que segue o rito ordinário, enquanto a ação civil pública tem rito próprio, sendo certo que no último caso a coisa julgada atingirá *erga omnes* todos os membros do grupo substituído, enquanto no primeiro somente os representados que autorizaram a associação a atuar em seu nome.

A Lei 7.347 não faz distinção terminológica, considerando *ação civil pública* qualquer que seja movida com base em seu regramento, para a defesa de interesses transindividuais, por quaisquer de seus colegitimados.

Importa ainda não afastar a necessidade de interpretação teleológica, considerando todo o microssistema coletivo, motivo pelo qual mostra-se adequada a ideia de considerar a *ação coletiva* como gênero, do qual são espécies diversas ações e seus procedimentos voltados para a tutela coletiva, como a *ação civil pública*[5].

5. No sentido de considerar a *"ação coletiva"* como gênero: DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. 4v. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 76.

14.4 COMPETÊNCIA

Para fins de análise da competência adequada para as ações coletivas seguir-se-á o seguinte caminho: primeiro, se analisa se é caso de competência originária dos tribunais. Não sendo, verifica-se qual o foro competente. Após, passa-se à análise do ramo da Justiça e do juízo.

Cabe aqui, desde já, realizar uma rápida digressão acerca da palavra foro:

> Derivado do latim fórum (praça pública), no sentido forense é tido como o espaço de uma divisão territorial, onde impera a jurisdição de seus juízes e tribunais. Embora por vezes, foro e juízo apresentem-se em sentido equivalente, há, entre eles, sutil, mas certa distinção: o foro revela a extensão territorial, os limites territoriais, em que possa o magistrado funcionar ou conhecer das questões. Mas, somente quando o foro é competente é que se concretiza o juízo, onde a causa pode ser tratada. A ideia de juízo se integra no sentido de foro, mas somente se demonstra quando o foro se apresenta o próprio ou o competente, para que se conheça ou se trate da questão perante determinado juiz. Quer isso dizer que, evidenciada a competência do foro, é que se encontra o juízo, para que se determine, a seguir, a competência do julgador. O foro, pois, mostra a extensão territorial dentro da qual a causa pode ser intentada. O juízo mostra a extensão jurisdicional ou a jurisdição do juiz, contida no foro. Assim, o foro dá os limites da competência em razão do local, pelo que ali se movimentará a ação. O juízo determina a competência do magistrado ou do tribunal, que vários podem ser o do foro, perante o qual deverá ser a ação proposta[6].

Pontuado isto, cabe seguir o roteiro traçado no início, que se inicia com a avaliação acerca da existência de competência originária dos tribunais. Para tanto, é válido lembrar que a competência dos Tribunais Superiores se encontra na Constituição Federal, assim como a dos Tribunais Regionais Federais. Por sua vez, as causas relacionadas aos Tribunais de Justiça dos estados costumam constar nas constituições estaduais.

6. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 11. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1993. P 319.

Em regra, a competência para processar e julgar a ação popular e a ação civil pública é do primeiro grau de jurisdição. Nesta linha, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de reconhecer que não se incluem na esfera de competência originária da Corte o processo e o julgamento de ações populares ou ações civis públicas[7], ainda que ajuizadas contra atos do Presidente da República[8].

A regra será excepcionada quando houver expressa previsão constitucional prevendo a competência originária do tribunal. O artigo 102, I, "n" da Constituição Federal, atribui competência originária ao STF para processar e julgar, originariamente, "a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados". Outra hipótese se verifica no caso de "conflito entre estados ou entre esses e a União" (CF/88, art. 102, I, "f"), situação verificada na Reclamação 3.074/MG, envolvendo a transposição do Rio São Francisco, caso típico de conflito federativo, na qual o Supremo reconheceu sua competência originária para processar a ACP. Há, também, decisão do Supremo Tribunal Federal na Reclamação 2.937[9] reconhecendo sua competência em ação civil pública envolvendo o artigo 102, inciso I, alínea "e", da Carta de 1988, que dispõe caber à Corte processar e julgar originariamente "o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território". A ACP fora proposta pelo MPF contra a Itaipu Binacional, tendo-se entendido que o Ministério Público Federal configuraria a União em juízo, atuando contra um organismo internacional. Transcrevo trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, que acompanhou o relator, na referida reclamação, destacando que o raciocínio pode ser aplicado à Defensoria Pública, por se tratar de órgão autônomo:

> No caso, não há outra alternativa senão interpretar o texto constitucional para além de sua literalidade expressa e para

7. STF. Pet 1738 AgR / MG. Pleno. Relator Min. Celso de Mello. Julgamento: 01/09/1999.
8. STF. Pet 5856 AgR / DF. Pleno. Relator Min. Celso de Mello. Julgamento: 25/11/2015.
9. STF. 937 / PR. RECLAMAÇÃO. Pleno. Relator Min. Marco Aurélio. Julgamento: 15/12/2011.

> dizer que eventual órgão autônomo do Estado brasileiro, que encete um conflito com algum organismo ou Estado estrangeiro, quer dizer, que essa demanda decorrente desse tipo de conflito há de ser dirimida pela Suprema Corte do país, pelo Supremo Tribunal Federal.

Não se tratando de legitimado público dotado de autonomia ou independência, a ação deverá permanecer no juízo de primeira instância. Foi o que decidiu o STF na mesma reclamação supra referida, com relação a uma das ações civis públicas objeto da decisão, proposta por associação de pescadores, ente privado e que, portanto, não poderia configurar a presença de qualquer das pessoas jurídicas de direito público interno para fins do artigo 102, I, "e" da Constituição Federal.

Com efeito, a jurisprudência do STF vem se construindo com fundamento na ideia de que apenas se excepcionará a regra geral (primeiro grau de jurisdição) quando a situação configurar alguma das causas previstas no taxativo rol do artigo 102, I da Constituição Federal, que traz as competências da Corte:

> O regime de direito estrito, a que se submete a definição dessa competência institucional, tem levado o Supremo Tribunal Federal, por efeito da taxatividade do rol constante da Carta Política, a afastar, do âmbito de suas atribuições jurisdicionais originárias, o processo e o julgamento de causas de natureza civil que não se acham inscritas no texto constitucional (ações populares, ações civis públicas, ações cautelares, ações ordinárias, ações declaratórias e medidas cautelares), mesmo que instauradas contra o Presidente da República ou contra qualquer das autoridades, que, em matéria penal (CF, art. 102, I, b e c), dispõem de prerrogativa de foro perante a Corte Suprema ou que, em sede de mandado de segurança, estão sujeitas à jurisdição imediata do Tribunal (CF, art. 102, I, d) – *trecho retirado da ementa da Pet 1738 AgR/MG (STF).*

Quanto ao *mandado de segurança coletivo* há regra constitucional definindo casos de competência originária dos tribunais superiores. Será de competência originária do Supremo Tribunal Federal quando ajuizados contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal (CF/88, art. 102, I, "d").

Trata-se de rol taxativo. Bem por isso, "não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer originariamente de mandado de segurança contra atos de outros tribunais" (súmula 624/STF). Será de competência originária do Superior Tribunal de Justiça quando ajuizados contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio STJ (CF/88, art. 105, I, "b"). O artigo 108 da Constituição define que os Tribunais Regionais Federais possuem competência originária para processar e julgar os mandados de segurança contra atos do próprio Tribunal ou de juiz federal (alínea "c"). Cabe, ainda, verificar a respectiva constituição estadual, na parte destinada ao Tribunal de Justiça local. A fim de evitar confusão, registra-se que na ADI 2553/MA (Rel. Min. Gilmar Mendes, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgada em 15/5/2019) o STF entendeu ser inconstitucional dispositivo da Constituição Estadual que confere foro por prerrogativa de função, no Tribunal de Justiça, para Procuradores do Estado, Procuradores da Assembleia Legislativa, Defensores Públicos e Delegados de Polícia, importando observar que o foro por prerrogativa de função envolve o processo e julgamento *criminal* (crimes de responsabilidade e comuns praticados por certas autoridades), *não englobando processos cíveis.*

Quando a competência para o MS for do juízo de primeiro grau (estadual ou federal), o foro será definido pelo local em que a autoridade coatora exerce suas funções. Trata-se de competência absoluta, conforme entente o Superior Tribunal de Justiça[10]. Com efeito, a competência para julgamento de mandado de segurança é estabelecida em razão da função ou da categoria funcional da autoridade apontada como coatora[11] e não pela regra geral do local do dano, que será analisada a seguir.

Na linha do que ocorre com o mandado de segurança, para o *mandado de injunção coletivo*, também existem regras de competência originária dos tribunais. Será de competência originária do Supremo Tribunal Federal quando a elaboração da norma regula-

10. EDcl no AgRg no REsp 1078875 / RS. Quarta Turma. Relator Ministro Aldir Passarinho Junior. Data do Julgamento 09/11/2010.
11. STJ. AgRg no CC 104730. Primeira Seção. Relator Min. Arnaldo Esteves Lima. Julgamento em 25 de agosto de 2010.

mentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal (CF/88, art. 102, I, "q").

Será de competência do Superior Tribunal de Justiça quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal (CF/88, art. 105, I, "h").

Há de se analisar, ainda, se há competência do Tribunal de Justiça local, na respectiva constituição do estado. Por exemplo, a constituição mineira dispõe ser competência do Tribunal de Justiça processar e julgar originariamente o mandado de injunção, ressalvada a competência das justiças especializadas, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, de entidade ou de autoridade estadual da administração direta ou indireta. O artigo 108, inciso I, da Constituição Federal, que trata da competência originária dos Tribunais Regionais Federais, não traz previsão para o mandado de injunção.

Com relação ao *foro*, os artigos 2º da LACP e 93 do CDC preveem que a competência para a ação coletiva é a do *local do dano*. Embora ainda se divirja quanto a tratar-se de natureza funcional ou territorial, trata-se de *competência absoluta*, em qualquer caso, por alguns considerada uma competência territorial funcional, por outros uma *competência territorial absoluta*. De toda forma, mesmo sendo territorial, seu desrespeito implica em incompetência absoluta, não podendo ser modificada (excepcionando, portanto, a regra constante no artigo 63 do CPC). A lei qualifica a competência de foro do local do dano como absoluta exatamente para afirmar a natureza de ordem pública desta regra.

O artigo 93 do CDC dispõe que para as hipóteses em que as lesões ocorram apenas em *âmbito local*, será competente o *foro do lugar onde se produziu o dano ou se devesse produzir* (inciso I). Já no caso no qual a lesão tomar dimensões geograficamente maiores, produzindo efeitos em *âmbito regional ou nacional*, serão competentes os foros da *capital do Estado ou do Distrito Federal*

(inciso II). A regra legal é endossada pela jurisprudência do STJ[12], que já decidiu também – no Conflito de Competência 26.842-DF, julgado em 2002 - que não há exclusividade do foro do Distrito Federal para o julgamento de ação civil pública de âmbito nacional, podendo o ingresso ocorrer perante o juízo da capital ou o do Distrito Federal, *cabendo ao autor a escolha do foro* que lhe melhor convier. Haverá, neste caso, competência de foros concorrentes, aplicando-se a regra da prevenção.

Em razão do microssistema processual coletivo, nada obstante a regra esteja localizada no capítulo do CDC relativo à tutela dos interesses individuais homogêneos, "o art. 93, como regra de determinação de competência, aplica-se de modo amplo a todas as ações coletivas para defesa de direitos difusos, coletivos, ou individuais homogêneos, tanto no campo das relações de consumo, como no vasto e multifacetário universo dos direitos e interesses de natureza supraindividual" (trecho retirado da ementa do REsp 448470/RS).

A conceituação dos diferentes níveis de dano (local, regional ou nacional) não foi realizada de forma clara pela legislação, o que gera críticas ao dispositivo legal. Em tese, dano de âmbito local será aquele no qual não há repercussão muito ampla, atingindo somente pessoas de uma pequena área territorial, ou seja, a extensão geográfica é pequena. Já dano regional afetará uma área mais extensa (uma região, por exemplo). Por sua vez, o nacional terá reflexos sobre pessoas que se encontram em praticamente todo o território nacional ou espalhadas por ele. Encontramos no Superior Tribunal de Justiça decisão no sentido de que indícios de danos praticados em mais de um Estado já poderiam, a princípio, caracterizar a abrangência nacional do dano:

> "o inciso I do art. 93 do CDC ao dispor que quando o dano for de âmbito local será competente para a causa o foro do lugar do dano, está se reportando ao dano de repercussão adstrita a um só Estado, não importando se circunscrito a uma só ou a várias Comarcas.
>
> Já quando o inciso II do referido artigo se refere aos danos de âmbito regional, dirige-se àqueles danos que se espraiam

12. Neste sentido: REsp 218492 / ES, CC 17533/DF, REsp 944464/RJ, REsp 712006-DF, REsp 1101057/MT.

em mais de um Estado-Membro, ou em um ou mais Estado--Membro e também no Distrito Federal, pois a inclusão aí do Distrito Federal decorre da mera equiparação que lhe é feita a um ente federativo assemelhado a um Estado-Membro.

Assim, por exemplo, um dano que afeta o Estado de Goiás e o Distrito Federal, é tão regional quanto o dano que atinge os Estados do Acre e de Roraima.

Por seu turno, quando tal dispositivo fala em danos de âmbito nacional, está se referindo aos danos que atingem todo território nacional.

Destarte, sendo o dano de âmbito nacional, a ação poderá ser proposta em qualquer Estado-Membro ou no Distrito Federal, no que mais conveniente for ao autor.

Contudo, sendo o dano de âmbito regional, incluindo dois ou mais Estados, a ação poderá ser proposta em qualquer um deles. Se o dano de âmbito regional incluir um ou mais Estado-Membro e também o Distrito Federal, a ação poderá ser proposta em qualquer um desses Estados ou no Distrito Federal" (CC 26842/DF, Rel. Min. Waldemar Zveiter, Segunda Seção, DJ 05.08.2002).

Questão interesse diz respeito à possibilidade de, diante de um dano nacional, ajuizar a ação no foro local, entendendo-se que todo dano nacional é também local. O raciocínio parece desvirtuar a regra do microssistema, motivo pelo qual entendo, como faz parte doutrina, que não é correto[13]. Ressalva-se, todavia, a possibilidade de ponderar a regra geral, diante do caso concreto, excepcionando situações que envolvam aspectos do dano que exijam soluções peculiares ou locais. Por exemplo, diante do rompimento de uma barragem que afete mais de uma região ou estado federado, seria possível o ajuizamento no foro da residência dos autores que tenham ficado sem o abastecimento de água como decorrência da tragédia, no sentido do que decidiu o Superior Tribunal de Justiça no caso do rompimento da barragem em Mariana (CC 144.922/MG).

Com efeito, mesmo diante de um dano nacional ou regional, deve-se observar o *princípio da competência adequada*, levando em consideração a facilitação da produção da prova e da defesa do réu, a proximidade com os fatos ocorridos, a publicidade da ação e a

13. Neste sentido: DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 4v. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 144.

facilidade de notificação e conhecimento do grupo, prestigiando o juízo de uma das comarcas ou das subseções envolvidas na situação. Esta parece ser a lógica adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, que, por exemplo, em um caso envolvendo degradação ambiental na bacia de rio que banha mais de um Estado da federação, decidiu pela competência da subseção judiciária situada em localidade passível de sofrer as consequências do dano, em detrimento da capital do Estado (CC 39.111/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJ 28/02/2005).

Nesta perspectiva, a aplicação de tal princípio pode se justificar quando se verificar o denominado *forum shopping, ou seja,* quando autor da demanda coletiva, tendo mais de uma opção de foro (foros concorrentes, como no dano regional ou nacional) para o ajuizamento, realiza a opção de acordo com seus interesses, visando dificultar a defesa do réu ou a produção de provas. Nesta situação, o órgão jurisdicional que receber a ação poderá realizar um controle da competência adequada (*forum non conveniens*), com base nos princípios da boa-fé objetiva, da boa-fé processual e da cooperação (artigos 5º e 6º, CPC), a fim de encontrar o juízo mais adequado, para onde o feito será remetido[14].

A Lei da Ação Popular (4.717/65) traz em seu artigo 5º disposição sobre a competência. O dispositivo, todavia, não trata da competência do foro (territorial), mas do juízo e da Justiça competente. Pela lógica do microssistema, para o foro, por analogia, aplica-se o art. 2º da Lei 7.347/85, ou seja, a regra do local do dano, ante a relação de mútua complementariedade entre os feitos exercitáveis em âmbito coletivo, autorizando-se que a norma de integração seja obtida no âmbito do minissistema processual da tutela coletiva, tratando-se, igualmente, de competência absoluta.

Registra-se, porém, decisão do Superior Tribunal de Justiça de 2010 que fixou a competência para o julgamento de ação popular determinando a aplicação das normas do Código de Processo Civil, em razão do que dispõe o artigo 22 da LAP[15], desconside-

14. Neste sentido: BASTOS, Fabrício. *Curso de processo coletivo*. São Paulo: Editora Foco, 2018. p. 243.
15. Art. 22. Aplicam-se à ação popular as regras do Código de Processo Civil, naquilo em que não contrariem os dispositivos desta lei, nem a natureza específica da ação.

rando a norma "especial" trazida pela LACP (art. 2º). A decisão sofreu críticas por transformar a competência territorial para a ação popular em uma competência relativa, contrariando o caráter absoluto da regra trazida pelo microssistema na LACP[16]. Por outro lado, a competência adequada, como corolário do devido processo coletivo, deve sempre levar em conta as peculiaridades do caso concreto, através de um juízo de ponderação e interpretação que permita conferir maior eficácia e celeridade ao processo coletivo, o que pode justificar a decisão naquele caso específico[17].

Além das previsões contidas na LACP, no CDC e na LAP, registra-se a existência de regras em leis específicas para dois grupos vulneráveis, previstas no artigo 209 do ECA (que fixa a competência do foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou omissão impugnada na demanda para as ações coletivas que tenham como objeto os direitos ali tutelados) e no artigo 80 do Estatuto de Idoso - Lei 10.741/2003 (que dispõe ser a competência do foro do domicílio do idoso para as ações que tutelem coletivamente seus direitos). Como se verifica, segue-se a mesma lógica do regramento trazido pelo artigo 2º da LACP, tratando-se de competência territorial absoluta. A redação do ECA, ao optar pela locução "local onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou a omissão", no lugar de "local do dano", prevê a competência para ações preventivas e de remoção do ilícito que não pressupõem o dano (ações inibitórias, por exemplo – art. 497, parágrafo único do CPC), regra que pode ser estendida para todo o microssistema.

Definido o foro, cabe verificar *qual ramo da Justiça terá competência*. Para tanto, importa considerar a matéria envolvida na demanda, a fim de definir se a causa é de competência da *Justiça especializada* (Trabalhista, Eleitoral ou Militar) *ou comum* (Estadual ou Federal). Por exemplo, uma ACP que tenha como objeto o meio ambiente do trabalho será ajuizada na Justiça do Trabalho

---

16. STJ. CC 107109 / RJ. Primeira Seção. Relator Ministro Castro Meira. Órgão Julgador. Data do Julgamento 24/02/2010.
17. Defendendo uma interpretação mais flexível das regras de competência no processo coletivo, através da interpretação das regras de competência e ponderação das peculiaridades do caso, Hermes e Didier apontam diversos autores do direito norte americano *in* DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 4v. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 140.

(ramo da Justiça especializado, que possui previsão no artigo 114 da CF/88). Não se vislumbra, todavia, caso de ação coletiva cível na Justiça Militar. Com relação à Justiça Eleitoral, o artigo 105-A da Lei 9.504/1997 dispõe que, em matéria eleitoral, não são aplicáveis os procedimentos previstos na Lei 7.347/85 (LACP). Neste contexto, mesmo antes do advento do artigo 105-A da Lei 9.504/97, que ocorreu em 2009, o STJ já havia decidido, em mais de uma oportunidade, pela competência da justiça comum em detrimento da eleitoral, em caso envolvendo ACP cujo objeto se voltava para a utilização de símbolos pessoais na publicidade de serviços e obras realizados durante o mandato eletivo[18]; e outra visando obstar a posse de vereador[19]. Mais recentemente, decidiu no mesmo sentido em ACP envolvendo matéria ambiental relacionada à poluição visual por propaganda política[20].

Não sendo o caso de competência de Justiça especializada, a competência será da Justiça Comum, que engloba a Justiça Federal e a Justiça Estadual. A competência da Justiça Federal encontra-se prevista no artigo 109 da Constituição Federal, sendo de natureza absoluta. Por exemplo, competirá ao juízo federal processar e julgar as causas em que existir grave violação de direitos humanos, quando houver incidente de deslocamento de competência (CF/88, art. 109, V-A), assim como aquelas que envolverem a disputa por direitos indígenas coletivamente considerados (CF/88, art. 109, XI). A competência da Justiça Estadual é residual. Assim, não se tratando de competência da Justiça Federal, a competência será da Justiça do estado.

Na Justiça Federal, o local do dano será o da respectiva seção judiciária, ainda que a vara se situe em local diverso daquele em que efetivamente se verificou o dano, já que a seção ou a subseção poderá abranger mais de uma local ou cidade. É válido registrar que o Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se ao posicionamento adotado pelo STF no julgamento do RE 228.955-9, cancelou

18. CC 36533 / MG. Primeira Seção. Relator Ministro Luiz Fux. Data do Julgamento 24/03/2004. DJ 10/05/2004.
19. CC 10903 / RJ. Primeira Seção. Relator Min. Milton Luiz Pereira. Data do Julgamento 29/11/1994. DJ 12/12/1994.
20. CC 113433 / AL. Primeira Seção. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. Data do Julgamento 24/08/2011. DJe 19/12/2011.

a súmula 183, que dizia competir ao juiz estadual, nas comarcas que não sejam sede de vara da Justiça Federal, processar e julgar ação civil pública, ainda que a União figure no processo. Conclui-se, assim, que não se aplica a regra de competência por delegação prevista no artigo 109, §§3º e 4º da Constituição Federal às ações coletivas[21]. Esta norma (§§3º e 4º do artigo 109), autoriza a Justiça Estadual a processar e julgar certas causas da Justiça Federal, com recursos para o Tribunal Regional Federal. Neste sentido, o próprio artigo 93 do CDC ressalva expressamente a competência da Justiça Federal.

Definido o foro e a Justiça, cabe verificar o *juízo* competente, observando a existência de varas especializadas, fixadas em norma de organização judiciária. Por exemplo, é competência absoluta da Vara da Infância e Juventude o julgamento de ação civil pública quando se tratar de questão afeta a direitos individuais, difusos ou coletivos da criança ou do adolescente, segundo o decidiu o Superior Tribunal de Justiça[22].

Com relação ao processo de *improbidade administrativa*, verifica-se a inexistência de previsão específica expressa quanto à competência. Não havendo na Lei 8.429/92 regramentos específicos acerca da competência para processar e julgar as ações de improbidade, seguindo a lógica do microssistema, tem-se aplicado, por analogia, o art. 2º da Lei 7.347/85, ante a relação de mútua complementariedade entre os feitos exercitáveis em âmbito coletivo, autorizando-se que a norma de integração seja obtida no âmbito do microssistema processual da tutela coletiva[23]. O argumento é reforçado caso se entenda que a ação de improbidade administrativa é uma espécie de ação civil pública, como faz parte da doutrina (o tema foi abordado no capítulo que tratou especificamente da Ação por Improbidade Administrativa e Defensoria Pública, neste livro).

---

21. Neste sentido: STF. RE 228.955/RS. Tribunal Pleno. Relator Min. Ilmar Galvão. Julgamento: 10/02/2000.
22. REsp 1682382/MA. Segunda Turma. Min. Herman Benjamin. Data do Julgamento: 24/10/2017.
23. STJ. CC 97351/SP. Primeira Seção. Relator Ministro Castro Meira. Data do Julgamento 27/05/2009.

Demais disso, seguindo a lógica do microssistema, aplica-se a regra do artigo 93 do CDC, caso o ato de improbidade gere danos em diferentes foros. Registra-se, neste ponto, interessante decisão do STJ, na qual, mesmo diante de indícios de danos em vários locais (Paraná, São Paulo e Sergipe), o que poderia fixar a abrangência do dano nacional e atrair a competência concorrente entre as capitais dos Estados e o Distrito Federal, fixou-se a competência no foro que reunia a maior parte dos elementos probatórios[24]. No caso, a Corte realizou um controle da competência adequada, diante do caso concreto e suas circunstâncias, utilizando a regra geral (qualquer capital, para dano de abrangência nacional) como ponto de partida.

No âmbito legislativo, tentou-se, através de nova redação dada ao artigo 84, §2º do Código de Processo Penal, estabelecer a competência originária dos tribunais para as ações de improbidade. Todavia, este dispositivo foi julgado inconstitucional pelo STF através da ADI 2797/DF, já que não pode a legislação ordinária criar competência para os tribunais superiores, além de considerar a natureza cível (e não penal) da ação por improbidade administrativa.

Em sede jurisprudencial é antigo o debate por conta da aplicação, nas ações de improbidade, da prerrogativa de competência originária dos tribunais superiores prevista na constituição para o julgamento de crimes de responsabilidade e comuns praticados por certas autoridades, conforme disposições constantes nos artigos 102 (STF) e 105 (STJ) da CF/88, o que tem se denominado de foro especial por prerrogativa de função. No julgamento Reclamação 2.138/DF, o STF estendeu a prerrogativa prevista para a prática de crime de responsabilidade para as ações de improbidade, o que fez com que o STJ revesse seu posicionamento na Reclamação 2.790/SC, a fim de se alinhar com o Supremo. Posteriormente, todavia, tanto o STF (Pet 3.067/MG, Pleno) quanto o STJ (Rcl 8826 / RJ, Corte Especial) voltaram a decidir pela inexistência de foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa, sendo esta a atual posição das cortes.

24. STJ. CC 97351/SP. Primeira Seção. Relator Ministro Castro Meira. Data do Julgamento 27/05/2009.

14.4.1 Competência da Justiça Federal em razão da presença da Defensoria Pública da União nos autos

Conforme o artigo 109 da Constituição Federal, aos juízes federais compete processar e julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.

Assim, nos termos do art. 109, inciso I, da CF/88, a competência cível da Justiça Federal define-se pela natureza das pessoas envolvidas no processo (*rationae personae*). Desse modo, sendo a Defensoria Pública da União órgão da União, dotada de personalidade processual, sua presença como autora na ação (por exemplo, em ação civil pública) é bastante para fixar a competência da Justiça Federal?

Encontramos nos Tribunais Superiores decisões no sentido de que, apesar de o Ministério Público Federal não constar no rol do artigo 109 da Constituição, sua presença na ação acarreta a competência da Justiça Federal, já que se trata de órgão federal. Ou seja, sendo a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, a competência para processá-la é da Justiça Federal[25].

> A ação civil pública, como as demais, submete-se, quanto à competência, à regra estabelecida no art. 109, I, da Constituição, segundo a qual cabe aos juízes federais processar e julgar "as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e a Justiça do Trabalho". Assim, figurando como autor da ação o Ministério Público Federal, que é órgão da União, a competência para a causa é da Justiça Federal.
>
> Não se confunde competência com legitimidade das partes. A questão competencial é logicamente antecedente e, eventualmente, prejudicial à da legitimidade. Fixada a competência,

25. Neste sentido. STF. RE 822.816 AgR/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe 15.6.2016.
STF. ARE 859.405, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe 10.8.2016.

> cumpre ao juiz apreciar a legitimação ativa do Ministério Público Federal para promover a demanda, consideradas as suas características, as suas finalidades e os bens jurídicos envolvidos. À luz do sistema e dos princípios constitucionais, nomeadamente o princípio federativo, é atribuição do Ministério Público da União promover as ações civis públicas de interesse federal e ao Ministério Público Estadual as demais. Considera-se que há interesse federal nas ações civis públicas que (a) envolvam matéria de competência da Justiça Especializada da União (Justiça do Trabalho e Eleitoral); (b) devam ser legitimamente promovidas perante os órgãos Judiciários da União (Tribunais Superiores) e da Justiça Federal (Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais); (c) sejam da competência federal em razão da matéria — as fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional (CF, art. 109, III) e as que envolvam disputa sobre direitos indígenas (CF, art. 109, XI); (d) sejam da competência federal em razão da pessoa — as que devam ser propostas contra a União, suas entidades autárquicas e empresas públicas federais, ou em que uma dessas entidades figure entre os substituídos processuais no polo ativo (CF, art. 109, I); e (e) as demais causas que envolvam interesses federais em razão da natureza dos bens e dos valores jurídicos que se visa tutelar.
> No caso dos autos, a causa é da competência da Justiça Federal, porque nela figura como autor o Ministério Público Federal, órgão da União, que está legitimado a promovê-la, porque visa a tutelar bens e interesses nitidamente federais, e não estaduais, a saber: o meio ambiente em área de manguezal, situada em terrenos de marinha e seus acrescidos, que são bens da União (CF, art. 20, VII), sujeitos ao poder de polícia de autarquia federal, o IBAMA (Leis 6.938/81, art. 18, e 7.735/89, art. 4º).
> 7. Recurso especial provido. (STJ, Recurso Especial 440.002 – SE, Rel. min. Teori Zavascki, Primeira Turma, j. 18.11.2004).

Bastante didático é o voto do Ministro Teori Zavascki, então em exercício no STJ, no Recurso Especial 440.002, cuja ementa foi acima transcrita:

> Com efeito, para fixar a competência da Justiça Federal, basta que a ação civil pública seja proposta pelo Ministério Público Federal. Nesse caso, bem ou mal, figurará como autor um órgão da União, o que é suficiente para atrair a incidência do art. 109, I, da Constituição. *Embora sem personalidade*

jurídica própria, o Ministério Público Federal está investido de personalidade processual, e a sua condição de personalidade processual federal determina a competência da Justiça Federal. É exatamente isso o que ocorre também em mandado de segurança, em habeas-data e em todos os demais casos em que se reconhece legitimidade processual a entes não personalizados: a competência será fixada levando em consideração a natureza (federal ou não) do órgão ou da autoridade com personalidade apenas processual, e essa natureza é a mesma da ostentada pela pessoa jurídica de que faz parte.

Figurando o Ministério Público Federal, órgão da União, como parte na relação processual, a um juiz federal caberá apreciar a demanda, ainda que seja para dizer que não é ele, e sim o Ministério Público Estadual, o que tem legitimação ativa para a causa. Para efeito de competência, como se sabe, pouco importa que a parte seja legítima ou não. A existência ou não da legitimação deve ser apreciada e decidida pelo juiz considerado competente para tanto, o que significa que a questão competencial é logicamente antecedente e eventualmente prejudicial à da legitimidade das partes. Para efeito de competência, o critério ratione personae (que é o estabelecido no art. 109, I, da CF) é considerado em face apenas dos termos em que foi estabelecida a relação processual. Em outras palavras, para efeito de determinação de competência, o que se leva em consideração é a parte processual, o que nem sempre coincide com a parte legítima. Parte processual é a que efetivamente figura na relação processual, ou seja, é aquela que pede ou em face de quem se pede a tutela jurisdicional numa determinada demanda. Já a parte legítima é aquela que, segundo a lei, deve figurar como demandante ou demandada no processo. A legitimidade ad causam, conseqüentemente, é aferível mediante o contraste entre os figurantes da relação processual efetivamente instaurada e os que, à luz dos preceitos normativos, nela deveriam figurar. Havendo coincidência, a parte processual será também parte legítima; não havendo, o processo terá parte, mas não terá parte legítima. Reafirma-se, assim, que a simples circunstância de se tratar de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal é suficiente para fixar a competência da Justiça Federal. Por isso mesmo é que se enfatiza que a controvérsia posta não diz respeito, propriamente, à competência para a causa e sim à legitimidade ativa. Competente, sem dúvida, é a Justiça Federal. Cabe agora, portanto, investigar se, à luz do direito, o ajuizamento dessa ação, consideradas as suas características,

> as suas finalidades e os bens jurídicos envolvidos, é atribuição do Ministério Público Federal ou do Estadual. Concluindo-se pela ilegitimidade daquele, a solução não será a da declinação de competência, mas de extinção do processo sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC.
>
> *(...)*
>
> Na ação civil pública, a legitimação ativa é em regime de substituição processual. Versando sobre direitos transindividuais, com titulares indeterminados, não é possível, em regra, verificar a identidade dos substituídos. Há casos, todavia, em que a tutela de direitos difusos não pode ser promovida sem que, ao mesmo tempo, se promova a tutela de direitos subjetivos de pessoas determinadas e perfeitamente identificáveis.
>
> É o que ocorre nas ações civis públicas em defesa do patrimônio público ou da probidade administrativa, cuja sentença condenatória reverte em favor das pessoas titulares do patrimônio lesado. Tais pessoas certamente compõem o rol dos substituídos processuais. Havendo, entre elas, ente federal, fica definida a legitimidade ativa do Ministério Público Federal. Mas outras hipóteses de atribuição do Ministério Público Federal para o ajuizamento de ações civis públicas são configuradas quando, por força do princípio federativo, ficar evidenciado o envolvimento de interesses nitidamente federais, assim considerados em razão dos bens e valores a que se visa tutelar.

Note-se que as decisões, inversamente de uma equivocada interpretação que delas pode decorrer, não alargaram a legitimidade do Ministério Público Federal. A competência aferida pela atuação do MPF, exatamente em razão de existir interesse federal, é critério de fixação da competência da Justiça Federal (art. 109 da CF/88). Ou seja, as decisões não alteraram as regras já existentes. Não disseram, enfim, que a competência, por exemplo, da Justiça Estadual, será alterada pela mera atuação do MPF e sua presença no processo. Daí que a ação somente terá seguimento se a atuação da instituição estiver dentro de seu âmbito de atribuições. O limitador implícito na fixação das atribuições do Ministério Público da União é o da existência de interesse federal na demanda. Vale enfatizar que compete, unicamente, à Justiça Federal, emitir juízo de valor sobre o interesse manifestado pela União (neste sentido é a Súmula 150 do STJ). O que se leva em consideração, nestes casos, é a parte processual, que nem sempre coincide com a parte

legítima. Parte processual é a que efetivamente figura na relação processual, ou seja, é aquela que pede ou em face de quem se pede a tutela jurisdicional numa determinada demanda. Já a parte legítima é aquela que, segundo a lei, deve figurar como demandante ou demandada no processo.

Embora tais decisões refiram-se ao Ministério Público Federal, as mesmas razões se aplicam à Defensoria Pública da União, por serem ambos órgãos da União, autônomos e dotados de personalidade processual, cujas atribuições institucionais em alguns pontos se tocam, como, por exemplo, no que concerne à obrigação de promoverem a proteção dos interesses difusos e coletivos (artigos 129, III, e 134 da Constituição Federal). Este foi um dos argumentos utilizados pelo STJ no julgamento do Conflito de Competência 144.922/MG (Primeira Seção. Rel. min. Diva Malerbi. j. 25/05/2016). Como se verifica no inteiro teor do julgado, nos termos do voto do Ministro Benedito Gonçalves, "essa ação civil pública foi ajuizada pela Defensoria Pública da União, que é órgão integrante da própria União. Assim, segundo a regra de definição de competência insculpida no art. 109 da Constituição Federal, a competência deve ser fixada na Justiça Federal". No mesmo sentido foi o voto condutor (rel. Diva Malerbi, desembargadora convocada do TRF 3º Região).

Assim, por exemplo, em caso envolvendo a tutela ao meio ambiente em área que compõe o patrimônio da União e submetida ao poder de polícia de autarquia federal, a competência será da Justiça Federal quando se tratar de demanda promovida por órgão da União que está legitimado a promovê-la (por exemplo, a Defensoria Pública da União ou o Ministério Público Federal), porque visa a tutelar bens e interesses nitidamente federais, e não estaduais.

Uma vez ajuizada a ação por um destes legitimados, ao juiz federal caberá apreciar a demanda, ainda que seja para dizer que não é ele, mas sim o ramo estadual, que tem legitimação ativa para a causa. O entendimento foi reafirmado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE 1086019 AgR/RJ[26].

26. Neste sentido: RE 1.086.019 AgR/RJ. Segunda Turma. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 20/02/2018.

A lógica não deve ser aplicada, todavia, a casos envolvendo a atuação em litisconsórcio ativo facultativo entre ramos da Defensoria Pública, quando a competência for do juízo estadual e a ação for ali ajuizada. Ou seja, no caso de atuação conjunta da Defensoria Pública da União com algum ramo da Defensoria Pública dos Estados, sendo a ação de competência estadual, não se mostra necessário que haja a distribuição na Justiça Federal para que naquele âmbito se diga que a causa deve ser processada na Justiça Estadual, uma vez que os próprios autores da ação já ajuizaram a ação na instância devida, ainda que a DPU esteja atuando em colaboração com a DPE, que, nestes casos, é quem detém atribuição.

14.4.2 Competência para a execução da sentença coletiva

O artigo 98 do Código de Defesa do Consumidor, em seu parágrafo 2º, dispõe:

> § 2° É competente para a execução o juízo:
> I - da liquidação da sentença ou da ação condenatória, no caso de execução individual;
> II - da ação condenatória, quando coletiva a execução.
> Trata-se de regra concernente à execução de título judicial, ou seja, ao *cumprimento de sentença*. Assim, nos termos do artigo do CDC, a competência será definida em razão do juízo da liquidação da sentença ou da ação condenatória.

Forte parcela da doutrina aponta que a liquidação e a execução da sentença coletiva procedente podem também ser propostas no foro do domicílio da vítima (ou de seus sucessores), no caso de execução no plano individual. O raciocínio parte do pressuposto de que, em alguns casos, haveria extrema dificuldade para parte das vítimas executarem a decisão. Basta imaginar uma sentença proferida, por exemplo, no Distrito Federal, envolvendo dano de âmbito nacional, com vítimas espalhadas por todo o país. Uma pessoa residente no interior da Bahia, por exemplo, teria que acionar o juízo do Distrito Federal, o que, sem sombra de dúvidas, seria extremamente dificultoso, e, em certas situações, mesmo inviável, gerando uma vulnerabilidade geográfica.

Daí porque afirma-se que se deve permitir a liquidação e a execução no foro do domicílio das vítimas, com base no princípio

do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF/88), aplicando-se o artigo 101, I do CDC, que dispõe que a ação (de conhecimento) pode ser proposta no domicílio do autor (como forma de facilitação do acesso à justiça) e o artigo 516 do CPC, que permite a escolha, pelo exequente, entre os foros do juízo que decidiu a causa; do juízo do atual domicílio do executado; do juízo do local onde se encontrem os bens sujeitos à execução; ou do juízo do local onde deva ser executada a obrigação de fazer ou de não fazer; casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem.

Assim, em resumo, aponta-se para foros concorrentes, podendo o exequente escolher entre as possibilidades previstas nos artigos 516 do CPC, 98 e 101, I do CDC. As opções do artigo 516 do CPC, poderão, também, ser utilizadas na execução coletiva pelos legitimados coletivos[27].

Em suma, surgem as seguintes possibilidades para a execução: *(1)* foro que processou a causa (processo de conhecimento/ da condenação); *(2)* foro do domicílio do executado; *(3)* foro do local dos bens sujeitos à execução; *(4)* foro do local onde deva ser executada a obrigação de fazer ou de não fazer; *(5)* foro do domicílio do exequente, no caso de execução no plano individual da sentença coletiva.

Pelo menos quanto à hipótese de execução no plano individual da sentença coletiva o entendimento foi acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça, que, no REsp 1.243.887 (Corte Especial, rel. min. Luis Felipe Salomão, j. 19.10.2011), decidiu que "a liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário".

Tratando-se de *execução de título executivo extrajudicial*, como não houve uma sentença, segue-se a regra prevista no artigo 781 do Código de Processo Civil. Com efeito, é possível a execução coletiva baseada em título executivo extrajudicial, a exemplo do compromisso de ajustamento de conduta e das decisões do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica).

27. Neste sentido: DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. 4v. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 554.
BASTOS, Fabrício. Curso de processo coletivo. São Paulo: Editora Foco, 2018. p. 266.

14.5 PEDIDO (VEDAÇÕES LEGAIS E O DANO MORAL COLETIVO)

O parágrafo único do artigo 1º da Lei 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) dispõe que não será cabível a ação para veicular pretensões que envolvam *tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS* ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

Note-se que a disposição, em suma, acaba por afastar do alcance da ação inúmeras causas que versem sobre direitos individuais homogêneos. A constitucionalidade do dispositivo é questionável, sob o aspecto material e também em razão ter sido produto de uma medida provisória. De toda forma, até o presente momento não foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Nada obstante a ausência de declaração abstrata de inconstitucionalidade (material ou formal), a eficácia do parágrafo único vem sendo atenuada pelos tribunais superiores (STF e STJ).

Quanto à *matéria tributária*, encontramos entendimento no sentido de que essa restrição está relacionada ao pedido, mas não à causa de pedir. Ou seja, quanto à causa de pedir não há vedação de o debate envolver matérias de direito tributário. Além disso, a restrição não alcança a ação que discuta matéria tributária visando a defesa do patrimônio público (por exemplo, a anulação de atos administrativos concessivos de benefícios fiscais), ainda que reflexamente beneficiem os contribuintes (neste sentido: STJ. Recursos Especiais 1.387.960/SP e 760.034/DF; STF. Recurso Extraordinário 576.155/DF, em caso em que se entendeu pela legitimidade do Ministério Público para a ação civil pública com o objetivo de anular Termo de Acordo de Regime Especial – TARE).

O cabimento da ação em *matéria previdenciária*, por sua vez, vem sendo admitido, visando a tutela de direitos desta natureza, em razão da existência de relevante interesse social. Encontramos no Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, casos envolvendo direitos de natureza previdenciária a menores que estão sob guarda de segurados da previdência social (Recurso Especial 1.126.316/ES. Quinta Turma. Data do julgamento 13/03/2018), a revisão de benefícios previdenciários (AgRg no REsp 1.174.005/RS. Sexta Tur-

ma. Data do julgamento 18/12/2012), o recebimento de benefícios de pensão por morte (REsp 946.533/PR. Sexta Turma. Data do julgamento 10/05/2011), de benefício assistencial (AgRg no REsp 1.177.432/SC. Quinta Turma. Data do Julgamento 14/06/2011). Em geral, a discussão está associada à legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação. Com efeito, "quando do julgamento do REsp 1.142.630/PR (Quinta Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 01/02/2011), restou proclamado o entendimento favorável à legitimidade (no caso concreto, do Ministério Público) para figurar no polo ativo de ação civil pública destinada à defesa de direitos de natureza previdenciária, tendo em vista, principalmente, a presença do inquestionável interesse social envolvido no assunto" (trecho da ementa no AgRg no REsp 1.214.633/SC. Quinta Turma. Data do julgamento 02/08/2011. No mesmo sentido: AgRg no REsp 986.053/RS. Quinta Turma. Data do julgamento 16/10/2012). O Supremo Tribunal Federal, também apreciando a questão da legitimidade do Parquet para ajuizar ação civil pública pertinente a benefício previdenciário, reconheceu a possibilidade de ajuizamento da ação em defesa de interesses individuais homogêneos, quando presente evidente relevo social (RE 637.802 AgR/DF. Segunda Turma. Data do julgamento 11/11/2016; AI 516.419 AgR/PR. Segunda Turma. Data do julgamento 16/11/2010).

No que diz respeito à ação envolvendo matéria de *FGTS*, a questão teve repercussão geral reconhecia pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Especial 643.978 RG/SE.

Por fim, doutrina e jurisprudência entendem pela possibilidade de *dano moral coletivo*. A possibilidade de tutela do *dano moral extrapatrimonial coletivo* decorre da parte final do artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública (7.347/85) e do artigo 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor. Configura-se a partir da lesão da esfera moral de uma comunidade, considerando-se seu círculo de valores. Prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico (*in re ipsa*), pois tal comprovação, embora possível na esfera individual, torna-se inaplicável quando se cuida de interesses difusos e coletivos, sendo cabível quando ultrapassa os *limites do tolerável* e atinge, efetivamente, valores coletivos[28].

28. Neste sentido: STJ. AgInt no REsp 1726986 / MG. Relator Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma. Data do Julgamento 06/11/2018.

Segundo consta em decisão do Superior Tribunal de Justiça "haveria contra sensu jurídico na admissão de ressarcimento por lesão a dano moral individual sem que se pudesse dar à coletividade o mesmo tratamento, afinal, se a honra de cada um dos indivíduos deste mesmo grupo é afetada, os danos são passíveis de indenização" (trecho da ementa no Recurso Especial 1.367.923/RJ. Segunda Turma. Relator Ministro Humberto Martins. Data do Julgamento 27.08.2013). Neste sentido, o enunciado 456 da V Jornada de Direito Civil dispõe: "A expressão "dano" no art. 944 *(do código civil)* abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas".

Além da decisão acima mencionada, encontramos no Superior Tribunal de Justiça uma gama de julgados admitindo o dano moral coletivo, inclusive em decisão proferida pela Corte Especial, na qual consta, na própria ementa, que a possibilidade de cabimento da condenação à indenização por danos morais coletivos em ação civil pública segue "na linha da jurisprudência predominante do STJ" (EREsp 1.367.923. Ministro Relator João Otávio de Noronha. Data do Julgamento 15.02.2017).

São exemplos de precedentes naquela corte casos envolvendo dano ambiental, adotando o princípio hermenêutico *in dubio pro natura* (Recurso Especial 1.367.923/RJ), ausência de atendimento adequado a idosos e pessoas com dificuldade de locomoção, obrigadas a subir lances de escadas para acessarem o atendimento em agência bancária (Recurso Especial 1.221.756/RJ) ou demora excessiva no atendimento aos consumidores em geral nestas agências (Recurso Especial 1.402.475/SE), comercialização de produtos com vício de qualidade (Agravo Regimental no Recurso Especial 1.283.434/GO) e exploração de jogos de azar (Recurso Especial 1.464.868/SP). Registra-se, ainda, a fixação de dano moral coletivo em ação por ato de improbidade administrativa (Recurso Especial 1.666.454/RJ e AgInt no AREsp 1113260 / RJ).

STJ. AgInt no REsp 1342846 / RS. Relatora Ministra Assusete Magalhães. Segunda Turma. Data do Julgamento 19/03/2019.

Por outro lado, a corte denegou a condenação por entender que não basta a mera infringência à lei ou ao contrato para a caracterização do dano moral coletivo, sendo essencial que o ato antijurídico praticado atinja alto grau de reprovabilidade e transborde os lindes do individualismo, afetando, por sua gravidade e repercussão, o círculo primordial de valores sociais, provocando repulsa e indignação na consciência coletiva (Recurso Especial REsp 1726270/BA. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Data do Julgamento 27/11/2018).

14.5.1 Ações coletivas e declaração de inconstitucionalidade

A ação civil pública e a ação popular não são sucedâneos de ação direta de inconstitucionalidade, ou seja, não configuram via processual adequada para a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos de leis ou atos normativos de forma geral ou abstrata.

É possível, todavia, impugnar a Lei nº bojo destas ações, visando anular o ato administrativo que se encontra nela calcado, sendo a análise da inconstitucionalidade, nestes casos, realizada de maneira incidental (*incidenter tantum*), via controle difuso.

Por exemplo, pode-se impugnar determinado ato administrativo, apontando, *como causa de pedir*, a inconstitucionalidade do dispositivo da lei que o embasou. Nestes casos, o reconhecimento da inconstitucionalidade será mero efeito incidental.

Conforme reiterada jurisprudência dos tribunais superiores, é possível a declaração incidental de inconstitucionalidade em ação coletiva, desde que a controvérsia constitucional não figure como pedido, mas sim como causa de pedir, fundamento ou simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal, em torno da tutela do interesse público.

O próprio Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido de se admitir o controle difuso de constitucionalidade em ação civil pública desde que a alegação de inconstitucionalidade não se confunda com o pedido principal da causa (Rcl 600/SP. Tribunal Pleno. Julgamento: 03/09/1997; RE 595213 AgR / PR. Primeira Turma. Julgamento: 01/12/2017).

Descabe, assim, confundir o controle concentrado de constitucionalidade com o difuso, podendo este último ser imple-

mentado por qualquer Juízo nos processos em geral, inclusive coletivo (STF. Rcl 8605 AgR / MG. Tribunal Pleno. Julgamento: 17/10/2013).

14.6 REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES E DOCUMENTOS NECESSÁRIOS À INSTRUÇÃO DA DEMANDA

Por vezes, a demanda coletiva depende da apresentação de documentos ou informações que se encontram em poder das autoridades que, não raros casos, são as próprias demandadas ou potenciais responsáveis pela ilegalidade. Bem por isso, a legislação é clara ao dispor sobre o dever de apresentação de tais provas.

A Lei 7.347/85, em seu artigo 8º, dispõe que, para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de quinze dias, somente podendo haver negativa em razão do sigilo legal, caso em que a ação será proposta sem elas e o próprio juiz as requisitará. Assim, apenas quando a lei impuser sigilo haverá reserva de jurisdição, sendo dever das autoridades atender às requisições e apresentar as informações solicitadas.

O poder de requisição e a obrigatoriedade de fornecer documentos necessários à instrução e julgamento são também encontrados em outras leis e procedimentos específicos. Exemplo disso é a previsão contida no artigo 4º da Lei 13.300/2016 (Lei do Mandado de Injunção), onde se determina que se o documento necessário à prova do alegado encontrar-se em repartição ou estabelecimento público, em poder de autoridade ou de terceiros, havendo recusa em fornecê-lo por certidão, no original, ou em cópia autêntica, será ordenada, a pedido do impetrante, a exibição (do documento) no prazo de dez dias. Disposição similar é encontrada no artigo 6º, §2º da Lei 12.016/09 (Lei do Mandado de Segurança).

Especificamente com relação à Defensoria Pública, a Lei Complementar 80 (Art. 44, X; 89, X e 128, X) confere ao membro da instituição a prerrogativa de requisitar de autoridade pública ou de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições.

14.7 REJEIÇÃO PRELIMINAR DA AÇÃO DE IMPROBIDADE E AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DO RÉU PARA APRESENTAR DEFESA PRÉVIA

A lei 8.429/1992 (LIA) prevê a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, antes do recebimento da petição inicial, oportunidade na qual o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita (art. 17, parágrafos 7º, 8º e 9º).

Há precedente do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a rejeição, logo após a defesa prévia, que ocorre antes do recebimento da petição inicial, somente é possível se houver prova hábil a evidenciar, de plano, a inexistência de ato de improbidade, a improcedência da ação ou a inadequação da via eleita, entendendo que, nesse momento processual, nas ações de improbidade administrativa, prevalece o princípio *in dubio pro societate*. Assim, a ação somente deverá ser rejeitada de plano se houver provas cabais e irretorquíveis, capazes de afastar prontamente a tese da ocorrência do ato ímprobo[29], resultando no convencimento da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita[30]. A presença de indícios de cometimento de atos previstos na lei autoriza o recebimento da petição inicial[31].

O objetivo da fase preliminar da ação de improbidade administrativa é evitar o processamento de ações temerárias, sem plausibilidade de fundamentos para o ajuizamento da demanda.

A despeito disso, o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que "apesar de constituir fase obrigatória do procedimento especial da ação de improbidade administrativa, não há falar em nulidade absoluta em razão da não observância da fase preliminar"[32], de forma que a ausência da notificação do réu para a defesa prévia,

29. REsp 1.192.758-MG, Rel. originário Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. para acórdão Min. Sérgio Kukina, julgado em 4/9/2014.
30. REsp 1504744 / MG. Primeira Turma. Min. Sérgio Kukina. Julgamento em 16/04/2015.
31. AgRg no AREsp 604949 / RS. Segunda Turma. Min. Herman Benjamin. Julgamento em 05/05/2015.
32. EREsp 1008632/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Primeira Seção, julgado em 11/02/2015, DJE 09/03/2015.

prevista no art. 17, § 7º, da Lei de Improbidade Administrativa, só acarreta nulidade processual se houver comprovado prejuízo (*pas de nullité sans grief*)[33].

Por fim, pontua-se que o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que a sentença que rejeita a inicial da ação de improbidade por sua manifesta improcedência está sujeita ao reexame necessário[34]. Neste aspecto, havia divergência entre as Turmas, tendo a Primeira Seção aderido ao entendimento da Segunda Turma em Embargos de Divergência[35].

14.8 GRATUIDADE NO PROCESSO COLETIVO

No microssistema coletivo a gratuidade é prevista nos artigos 87 do Código de Defesa do Consumidor e 17 e 18 da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública - LACP)[36]. Encontramos previsão, ainda, no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90)[37] e no Estatuto do Idoso (Lei 10.471/03)[38]. *A regra é a dispensa do adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas para o ajuizamento da ação* pelo legitimado coletivo, isentando-o, ainda, do pagamento de verba sucumbencial, salvo em caso de comprovada má-fé.

---

33. AgRg no REsp 1336055/GO, rel. ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 10/06/2014,DJE 14/08/2014.
34. STJ, REsp 1613803 / MG, Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 07/03/2017; STJ, AgInt no REsp 1596028 / MG, Ministro OG FERNANDES, Segunda Turma, DJe 29/09/2017.
35. EREsp 1.220.667-MG, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, por unanimidade, julgado em 24/5/2017, DJe 30/6/2017.
36. Art. 87. Nas ações coletivas de que trata este código não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais.
    Art. 17. Em caso de litigância de má-fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.
    Art. 18. Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais.
37. Art. 219. Nas ações de que trata este Capítulo, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas.
38. Art. 88. Nas ações de que trata este Capítulo, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas.
    Parágrafo único. Não se imporá sucumbência ao Ministério Público.

A gratuidade é exclusiva do autor da demanda, não se estendendo ao polo passivo[39]. Sendo assim, eventual perícia solicitada em ação coletiva exclusivamente pelo demandado deverá seguir a regra do artigo 95 do CPC, que determina o adiantamento da remuneração do perito pela parte que houver requerido a prova pericial, sendo necessário, portanto, o depósito dos honorários em juízo.

Questão interessante se refere a quem deverá arcar com as despesas de eventual prova pericial requerida exclusivamente pelo autor, já que não é razoável exigir que o perito trabalhe gratuitamente ou na incerteza de receber tão somente ao final do processo e caso haja condenação do réu, tendo em conta que a lei determina ser impossível exigir adiantamento de honorários periciais da propositor da demanda. Não se mostra razoável, também, transferir o ônus ao réu, mormente quando a lei não permite que o juízo obrigue a outra parte a fazê-lo[40].

Uma solução apontada é a retirar o dinheiro do Fundo de Direitos Difusos, previsto no artigo 13 da LACP. Há decisão do Superior Tribunal de Justiça neste sentido, determinado a utilização de recursos do Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados, no caso concreto[41]. Sendo ao final o réu condenado (em custas e despesas processuais, o que engloba os custos da perícia), com o julgamento procedente da demanda, o valor retorna ao fundo. Se demanda for julgada improcedente, o fundo acarará definitivamente com o custo.

Ponto a ser considerado é que Poder Público, sempre que possível, deverá fornecer a perícia por meio de seus diversos órgãos, muitos especializados em certas matérias, somente devendo ser acionado perito privado quando não houver outra possibilidade. Tal entendimento vai ao encontro da regra prevista no artigo 91 do CPC, parágrafo §1º, o qual dispõe, em sua primeira parte, que as perícias requeridas pela Fazenda Pública, pelo Ministério

39. Neste sentido: STJ, AgRg no AREsp 434851/MG, Primeira Turma, DJe 12/03/2015; STJ, AgRg no AREsp nº 450.222/MG, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 18.06.2014.
40. Neste sentido: STJ. EREsp 733456 / SP. Primeira Seção. DJe 29/04/2011.
41. STJ. RMS 30812 / SP. Segunda Turma. DJe 18/03/2010.

Público ou pela Defensoria Pública poderão ser realizadas por entidade pública.

Não sendo possível, ou seja, não havendo possibilidade de *perícia pública*, deve o Estado (Poder Público), responsável pela elaboração da lei que concede a gratuidade, arcar com o ônus financeiro da opção legislativa. Esse entendimento encontra-se na linha da regra prevista no artigo 95, §3º do CPC/2015, aplicável ao processo coletivo, tendo em vista a ausência de regras que resolvam a questão no microssistema[42]. Importante observar que o artigo mencionado, em seu parágrafo 5º, veda a utilização de recursos do fundo de custeio da Defensoria Pública para tal finalidade.

O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento realizado sob o regime de recursos repetitivos, considerou aplicável, por analogia, a Súmula n. 232 de sua jurisprudência (A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito), para determinar que a Fazenda Pública a qual se acha vinculado o Ministério Público arque com as despesas de honorários periciais, em ação civil pública ajuizada pelo *Parquet*[43]. Ou seja, tais verbas não podem ser retiradas do orçamento do órgão legitimado (no caso, o Ministério Público, sendo o mesmo entendimento aplicável à Defensoria Pública).

Por fim, observa-se que a isenção prevista nos artigos 87 do CDC e 17 e 18 da LACP (dispensa do adiantamento de verbas para a prática de atos processuais) não se confunde com aquela concernente à condenação em verbas de sucumbência, questão analisada no tópico "Condenação em verbas de sucumbência no processo coletivo".

---

42. Art. 95. Cada parte adiantará a remuneração do assistente técnico que houver indicado, sendo a do perito adiantada pela parte que houver requerido a perícia ou rateada quando a perícia for determinada de ofício ou requerida por ambas as partes. (...)
§ 3º Quando o pagamento da perícia for de responsabilidade de beneficiário de gratuidade da justiça, ela poderá ser:
I - custeada com recursos alocados no orçamento do ente público e realizada por servidor do Poder Judiciário ou por órgão público conveniado;
II - paga com recursos alocados no orçamento da União, do Estado ou do Distrito Federal, no caso de ser realizada por particular, hipótese em que o valor será fixado conforme tabela do tribunal respectivo ou, em caso de sua omissão, do Conselho Nacional de Justiça.
43. REsp 1253844 / SC. Primeira Seção. DJe 17/10/2013. No mesmo sentido: STJ. AgInt no REsp 1420102 / RS. Primeira Turma. DJe 30/03/2017.

14.9 CONDENAÇÃO EM VERBAS DE SUCUMBÊNCIA NO PROCESSO COLETIVO

A isenção prevista nos artigos 87 do CDC e 17 e 18 da LACP (dispensa do adiantamento de verbas para a prática de atos processuais) não se confunde com aquela concernente à condenação em verbas de sucumbência. A última (tratada neste tópico) diz respeito à condenação ao final do processo em caso de *improcedência da demanda* ou sentença terminativa.

Nos termos dos artigos 87, *caput*, do CDC e 18 da LACP, somente haverá condenação da *associação* autora em honorários de advogados, custas e despesas processuais se comprovada a má-fé. Caso contrário, não há que se falar em condenação. Trata-se, portanto, de isenção condicionada à inexistência de má-fé, a qual exige, para sua configuração, a presença de dolo, já que o que se busca punir é o ato doloso e não apenas aquele desidioso ou ignorante. Assim, mesmo no caso, por exemplo, de ação coletiva ajuizada sem qualquer possibilidade de acolhimento do seu pedido ou julgada improcedente por falta de provas, não estará configurada a má-fé e, por conseguinte, incidirá a regra geral relativamente à isenção. A demanda simplesmente infundada não é suficiente para a condenação, ao contrário do que previa a redação original da Lei da ACP, já que a questão envolve um exercício regular de direito[44].

É válido lembrar que, em caso de condenação, o membro da Defensoria Pública, do Ministério Público e da Advocacia Pública pode responder regressivamente em caso de comprovada atuação com dolo, nos termos dos artigos 187, 184 e 181 do CPC.

Há debate acerca do alcance da regra, considerando que a lei faz expressa referência tão somente às associações, havendo parcela considerável da doutrina que defende ser extensível a todo e qualquer legitimado ativo, o que se mostra mais razoável, isonômico e consentâneo com o propósito das leis (maior proteção e efetividade pelo processo coletivo). Neste sentido, posiciona-se Daniel

---

44. Neste sentido: "não se compatibiliza com o espírito da lei de regência, no caso da improcedência da Ação Civil Pública, atribuir-lhe a litigância de má-fé (art. 17, Lei ant., c/c o art. 115, Lei n° 8.078/90), com a condenação em honorários advocatícios" (REsp nº 152447 / MG. Primeira Turma. J. 28.08.2001).

Amorim Assumpção Neves[45], Fredie Didier e Hermes Zaneti[46]; o posicionamento vem sendo acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça[47]. Assim, somente se faz possível a condenação dos autores legitimados em caso de comprovada má-fé[48].

Em sentido contrário, posiciona-se Hugo Nigro Mazzilli, para quem os legitimados desprovidos de personalidade jurídica (como a Defensoria Pública, o Ministério Público e órgãos de defesa de interesses transindividuais) responsabilizam a entidade a que pertencem; os demais, como as pessoas jurídicas de direito público e as autarquias, arcam com os encargos da sucumbência[49].

O primeiro entendimento, se mostra, como já dito, mais razoável, isonômico e consentâneo com o propósito da norma (maior proteção e efetividade através do processo coletivo), no sentido de que, embora a lei mencione apenas as *associações*, qualquer legitimado somente poderá ser condenado ao pagamento de custas e honorários se houver litigância de má-fé. O raciocínio adotado por Mazzilli mostra-se aplicável, porém e tão somente, nos casos de condenação por má-fé, a fim de definir quem arcará com os custos da litigância temerária. Ou seja, caso ocorra a condenação, nos limites legais (litigância temerária), caberá à Fazenda Pública respectiva arcar com o pagamento quando a Defensoria Pública for autora da demanda.

Havendo litigância de má-fé, portanto, o autor poderá ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios, das despesas processuais e do décuplo das custas, conforme previsão legal. No

---

45. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de processo coletivo. 3º ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 490.
46. DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. 4v. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 384.
47. Neste sentido, pelo menos quanto a Ações Civis Públicas propostas pelo Ministério Público: STJ. AgRg nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.120.390. Primeira Turma. DJE 22.11.2010; STJ. EREsp 895.530-PR, Rel. Min. Eliana Calmon, julgados em 26/8/2009.
48. Ainda neste sentido:
    STF, RE 233585 / SP, rel. min. Celso de Mello, Decisão Monocrática, j. 09.09.2009.
    STJ, REsp nº 419110, rel. min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 23.10.2007.
    STJ, REsp 736.118 / SP, rel. min. Teori Zavascki, Primeira Turma, j. 02.05.2006.
49. MAZZILI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 630.

caso de a associação ser a autora, a responsabilidade será solidária entre seus dirigentes e a própria demandante.

A lei não veda a *condenação do demandado* em ação coletiva. Assim, *sendo o processo coletivo julgado procedente*, caberia a condenação do réu ao pagamento das verbas de sucumbência (honorários, custas e despesas processuais).

Há precedente do Superior Tribunal de Justiça, todavia, com relação a ações ajuizadas pelo Ministério Público, no sentido de que não pode o *Parquet* beneficiar-se *de honorários* quando for vencedor na ACP, por não ser o membro do Ministério Público advogado - sendo que os honorários sucumbenciais a estes pertencem (Art. 23 da Lei 8.906/94) -; por isonomia, ou seja, por simetria ao entendimento de que a condenação do MP ao pagamento de honorários advocatícios somente é cabível na hipótese de comprovada e inequívoca má-fé[50]; e por incompatibilidade com artigo 128, § 5°, II, "a", da Constituição Federal, que veda o recebimento de honorários pelo membro do *parquet.* Ou seja, em suma, não cabe a condenação da parte vencida ao pagamento de honorários advocatícios em favor do Ministério Público, mesmo que sejam destinados a Fundo Especial de Apoio ao Desenvolvimento do Órgão[51]. Neste sentido, foi considerada inconstitucional lei estadual que previu destinação ao fundo[52].

Os critérios adotados podem ser também aplicáveis à Defensoria Pública, pela mesma razão. Contudo, a questão deve ser analisada com temperamentos. Embora a figura do defensor público

50. STJ. Primeira Seção. EREsp 895530 / PR. DJe 18/12/2009; Segunda Turma. AgRg no REsp 1386342 / PR. DJe 02/04/2014; REsp 1422427/RJ, Segunda Turma, Julgado em, DJE 18/12/2013.

51. "Diante do reconhecimento da inconstitucionalidade do inciso VI, do art. 3°, da Lei Estadual nº 1.861/98, incabível é a fixação de honorários advocatícios em favor do Ministério Público, ainda que revestidos para o Fundo Especial de Apoio ao Desenvolvimento do órgão" (STF. RE 602479 / MS. Min. Luiz Fux. Julgamento em 22/10/2015).

52. Conforme julgado do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Nos termos da ementa: "A Lei Estadual n. 1.861/1998, artigo 3º, inciso VI, ao prever o recebimento de honorários advocatícios nas ações civis públicas e judiciais propostas pelo Ministério Público, ainda que revertidos em favor do Fundo Especial de Apoio e Desenvolvimento da Instituição, fere o art. 128, inc. II, alínea a, da Constituição Federal, bem como a Lei Orgânica do Ministério Público (Lei n. 8.625/93), em seu art. 44, inc. I, que vedam expressamente o recebimento da verba" (Arguição de Inconstitucionalidade em Apelação Cível nº 2006.000351-6/0002-00, julgada em 15 de outubro de 2008. Relator Desembargador Gilberto da Silva Castro).

também não se confunda com o advogado, sendo-lhe, além disso, vedado o recebimento de honorários (LC 80/94, Art. 46, III), há expressa previsão legal na Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública para o órgão executar e receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, (artigo 4º, XXI da Lei Complementar 80/94), que serão revertidos ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores. Ou seja, a verba não é destinada ao defensor público, possuindo destinação voltada ao aprimoramento e fortalecimento do próprio serviço de assistência jurídica gratuita, direito fundamental que deve ser prestado pelo Estado. Além disso, a regra constante na Lei Nacional da Defensoria Pública não foi objeto de ação de inconstitucionalidade (e não se vislumbra razão para que seja), encontrando-se válida e vigente.

Pontua-se que, se durante o curso da ação coletiva deixou de existir seu objeto em razão de providências espontâneas adotadas pela parte demandada, deve esta responder pelas custas e honorários, por ter dado causa à demanda[53].

Por fim, anota-se que, segundo Superior Tribunal de Justiça, são devidos honorários nos procedimentos individuais de cumprimento de sentença decorrente de ação coletiva, ainda que não impugnados e promovidos em litisconsórcio (STJ. REsp 1.648.238-RS, Corte Especial, julgado em 20/06/2018).

14.10 LIMINAR E TUTELA PROVISÓRIA NO PROCESSO COLETIVO

O termo *liminar*, no campo jurídico-processual, possui mais de um significado, o que costuma gerar dúvidas. Em uma *primeira acepção*, mais ligada à etimologia da palavra, pode ser utilizada para designar algo que ocorre no início (*in limine litis*, ou seja, no começo do processo). Neste aspecto, refere-se, geralmente, a atos praticados *inaudita altera parte*, antes da citação da outra parte. Neste sentido, dispõem os artigos 300, §2º e 311, parágrafo único, do CPC, ao versarem que a tutela de urgência e da evidência podem ser concedidas *liminarmente* ou após justificação prévia.

53. Neste sentido: STJ. RESP 237.767. Terceira Turma. J. 03.10.2000.

Em uma *segunda acepção*, o termo liminar é utilizado para designar alguma espécie de tutela de urgência prevista especificamente em algum procedimento. Por exemplo, no âmbito do processo coletivo, a Lei da Ação Civil Pública (art. 12), a Lei da Ação Popular (art. 5º, §4º), a Lei do Mandado de Segurança (art. 7º, III) e o CDC (art. 84, §3º) possuem expressa previsão de liminar. Isso se justifica especialmente em razão de a tutela provisória satisfativa (tutela de antecipada) ser uma técnica procedimental inicialmente prevista em alguns procedimentos especiais, sendo depois generalizada com a reforma do CPC/1973 ocorrida em 1994. Por isso se diz que a tutela antecipada é a generalização das liminares.

Como regra geral, deve-se analisar se há previsão de liminar específica. Caso exista, é tecnicamente correto requerer a liminar prevista para o respectivo procedimento, demonstrando seus requisitos específicos. Neste caso, a liminar equivalerá a uma tutela provisória específica satisfativa. Não havendo, todavia, previsão particular de liminar, a *tutela antecipada* (generalizada), cujos requisitos estão previstos no CPC, será cabível.

Diferentemente, a concessão da *tutela da evidência* será cabível mesmo nos procedimentos em que há previsão de liminar (específica), sendo concedida independentemente de perigo na demora (independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, conforme dispõe a redação do artigo 311 do CPC). Naturalmente, o instituto se aplica também ao processo coletivo. O pedido pode ser realizado incidentalmente, já na petição inicial ou durante o curso da ação. O CPC não prevê expressamente sua concessão em caráter antecedente, diferentemente do que acontece com a tutela de urgência (cautelar e antecipada).

É válido lembrar que o CPC trata da *tutela provisória*, dividindo-a em *tutela da urgência* (*cautelar* e *antecipada*) e da *evidência* (CPC, art. 294).

A fim de facilitar a visualização do tema, vejamos a tabela abaixo:

<table>
<tr><td rowspan="4">Tutela Provisória</td><td rowspan="3">Tutela de Urgência</td><td>Tutela cautelar (CPC) (Genérica. Não satisfativa. Visa garantir a utilidade do resultado final do processo)</td></tr>
<tr><td>Tutela antecipada (CPC) (Genérica. Satisfativa. Visa satisfazer o direito)</td></tr>
<tr><td>Tutela liminar específica (Leis Específicas) (Específica. Satisfativa. Visa satisfazer o direito)</td></tr>
<tr><td>Tutela da Evidência (CPC)</td><td></td></tr>
</table>

O termo liminar é utilizado ainda em uma *terceira acepção*, de forma genérica, a fim de designar o gênero que abarca as liminares previstas especificamente em lei e as tutelas urgência satisfativas (tutela antecipada).

Como mencionado acima, existe no microssistema do processo coletivo regras para a concessão de liminar. Assim, o Código de Processo Civil funcionaria de maneira subsidiária ou complementar (entendendo-se que existem regras no CPC que compõem o próprio minissistema). Pode-se citar, por exemplo, a possibilidade de se fazer, em uma ação coletiva, um pedido de tutela de urgência satisfativa em momento prévio (e não de forma incidental, como previsto nas liminares previstas nas leis do microssistema), por meio de um "pedido de tutela antecipada em caráter antecedente", cuja previsão encontra-se no artigo 303 do CPC (Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo).

Do pronunciamento que indefere o pedido de tutela de urgência antecipada em caráter antecedente caberá agravo de instrumento (CPC, art. 1.015, I). Já no caso de ser concedida a tutela, deverá

autor aditar a petição inicial, complementando sua argumentação e juntando novos documentos, assim como confirmando o pedido de tutela final em quinze dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar (CPC, art. 303, §1º), sendo possível a estabilização da decisão que a conceder (CPC, art. 304) caso não seja interposto o respectivo recurso.

Na prática, todavia, não se costuma observar a diferença entre liminares e tutela de urgência, sendo possível se deparar comum pedidos de tutela de urgência mesmo quando há previsão de liminares específicas ou o uso de um dos termos para tratar do outro instituto. Contribui para isto a ausência de maior completude das normas inseridas no microssistema, que em geral trazem a menção às liminares de forma lacônica, deixando dúvidas acerca de seus requisitos.

O artigo 5º, §4º da LAP (Lei 4.717/65) dispõe simplesmente que "na defesa do patrimônio público caberá a suspensão liminar do ato lesivo impugnado". Já na LACP há previsão dispondo que "poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo" (art. 12), assim como que "poderá ser ajuizada ação cautelar para os fins desta Lei, objetivando, inclusive, evitar dano ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, à ordem urbanística ou aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico" (art. 4º). Importa observar que, embora faça menção à ação cautelar, trata-se de medida satisfativa[54]. A Lei do Mandado de Segurança (Lei 12.016/2009), por sua vez, prevê a possibilidade de o juiz suspender o ato que deu motivo ao pedido, "quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica", regra aplicável tanto ao MS coletivo e quanto ao individual. Registra-se desde já que a contracautela (fiança, caução ou depósito) não é medida obrigatória, cabendo

54. Neste sentido: DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 4v. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 389.

ao juiz avaliar sua necessidade diante do caso concreto. Demais disso, o dispositivo da LMS é objeto da ADI 4.296 perante o STF.

Encontra-se decisões no Superior Tribunal de Justiça entendendo que, independentemente do nome que se atribuía à tutela de urgência satisfativa – liminar ou tutela antecipada – devem ser exigidos os requisitos previstos no CPC[55]. As decisões fazem remissão aos requisitos previstos no artigo 273 do CPC/1973 (a prova inequívoca que convença da verossimilhança da alegação). Em pesquisa realizada em janeiro de 2019, não encontrei decisões com referência ao CPC/2015, que traz os requisitos em seu artigo 300 (probabilidade do direito e perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo), possivelmente em razão de que ainda não chegaram à corte processos sobre o tema envolvendo decisões tomadas com base na nova legislação. Nada obstante, é possível presumir que o tribunal continue a exigir os requisitos da tutela antecipada, que agora estão previstos no artigo 300 do Código de Processo Civil de 2015.

Pode-se concluir que, a par de previsões específicas de liminar – a exemplo do que ocorre na LACP e na LAP – *será cabível a tutela de urgência satisfativa nos processos coletivos, usualmente requerida como tutela antecipada*. O pedido poderá constar já na petição inicial, embora não haja preclusão temporal para que seja feito a qualquer tempo, inclusive quando o perigo surja após a propositura da ação.

Existem algumas *limitações à tutela provisória*, especialmente quando envolver a Fazenda Pública. O *artigo 7º, §2º da LMS* dispõe que "não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza. O dispositivo é objeto da ADI 4.296/DF, ainda pente de julgamento. Sustenta-se que ofende o princípio da isonomia, ao conceder tratamento especial à Fazenda Pública, que atuaria como uma "superparte" no processo.

55. STJ. REsp 1676133 / MG. Segunda Turma. Ministro Herman Benjamin. J. 05/10/2017. DJe 16/10/2017; STJ. AgRg no AREsp 609001 / RN. Segunda Turma. Ministro Herman Benjamin. J. 23/06/2015. DJe 04/08/2015; STJ. Segunda Turma. AgRg no Ag 1399499 / DF. Ministro Humberto Martins. J. 21/06/2011, DJe 29/06/2011.

Há exigência de *oitiva prévia do representante judicial da pessoa jurídica de direito público no prazo de 72 horas* como condição para a concessão de tutela de urgência liminarmente (art. 2º da Lei 8.437/1992 e art. 22, §2º da Lei 12.016/2009). A exigência se volta apenas para o mandado de segurança coletivo e para ação civil pública, conforme a própria literalidade dos dispositivos, não se aplicando, portanto, à ação de improbidade administrativa e à ação popular.

Disposição similar é encontrada no código de processo civil, ao dispor que contra as pessoas jurídicas de direito público não será deferida a *manutenção ou a reintegração de posse liminar sem que haja a prévia audiência* dos respectivos representantes judiciais (CPC, art. 562, parágrafo único).

A exigência de oitiva prévia, mesmo nestas ações (ACP, MSC e possessória) vem sofrendo ponderações, entendendo-se que a regra restritiva deve ser afastada quando existir risco iminente da perda da eficácia da decisão ou mutilação dos seus efeitos, situação na qual será possível a concessão liminar (*inaldita altera parte*). Ou seja, o requisito deverá ser afastado quando não for possível aguardar a oitiva da Fazenda Pública sem o risco de perecimento do direito ou de prejuízo irreparável[56]. É que, sendo evidente que o direito poderá perecer durante o tempo que se espera pela oitiva do ente público, a norma é, neste aspecto, inconstitucional, por ferir o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (CF/88, art. 5º, XXXV). Além disso, a exigência pode ser afastada quando o ato de constrição não atinja bens ou interesses da pessoa jurídica de direito público, já que a restrição legal se volta à defesa do patrimônio público contra a amplitude da liminar em processos coletivos. Esta tem sido a posição da jurisprudência do STJ, entendendo que a obrigatoriedade de manifestação da autoridade pública, antes da concessão da liminar não é absoluta, podendo ser mitigada à luz do caso concreto[57].

---

56. Neste sentido: Neste sentido: DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 4v. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 391; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo*. 3º ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 413.
57. Neste sentido:
STJ, AgRg no AREsp 290086 / ES, rel. min. Eliana Calmon, Segunda Turma, j. 20/08/2013.
STJ, AgRg na Pet 9889 / RJ, rel. min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 26/11/2013.
STJ, REsp 1052430 / MG, rel. min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 12/04/2011.

É válido observar que, na ação por improbidade administrativa, o prazo para manifestação do representante judicial da pessoa jurídica de direito público acerca da liminar, nos termos do art. 2º, da Lei nº 8.437/92, não se confunde com aquele outro concernente à notificação prévia do requerido para o oferecimento de manifestação por escrito dentro de quinze dias, previsto § 7° do artigo 17 da Lei 8.429/92 (Lei da Improbidade Administrativa)[58].

Também na Lei 8.437/92 (art. 1º) há vedação de *concessão de liminar contra o Poder Público que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação*. Aponta-se para inconstitucionalidade do dispositivo, também por violação o princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF/88, art. 5º, XXXV), já que sua aplicação equivaleria afastar a própria possibilidade de concessão da tutela de urgência. O CPC, em seu artigo 1.059, prevê a aplicação do disposto nos artigos 1º a 4º da Lei nº 8.437/1992 e no art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016 à tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública.

A lei 8.437/92 dispõe ainda que "*não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal*", sendo que isto "não se aplica aos processos de ação popular e de ação civil pública" (art. 1º, §§ 1º e 2º).

Registre-se que o artigo 1º da Lei 9.494/97, que faz remissão a diversas limitações legais à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, inclusive ao artigo 1º da Lei nº 8.437 e a disposição da antiga lei do MS (que vedada o uso do instrumento para a classificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza – similar ao que consta no artigo 7º, parágrafo 2º da atual lei do MS) foi declarado constitucional pelo STF, ao julgar a ADC 4/DF no ano de 2008, contrariando forte entendimento doutrinário. Atualmente encontra-se em curso a ADI 4.296/DF, que questiona o artigo 7º, parágrafos 2º e 5º, da Lei 12.016/2009. O parágrafo 2º, conforme já mencionado acima, diz respeito a vedações em razão

STJ, AgRg no Ag 1314453 / RS, rel. min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 21/09/2010. STJ, REsp 1038467, rel. min. Teori Zavascki, Primeira Turma, j. 12/05/2009.

58. STJ, REsp 970472 / PB, rel. min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 15/06/2010.

do objeto. Já o parágrafo 5º da LMS significa que, mesmo a parte optando por pela via ordinária em detrimento do rito do mandado de segurança, não fará jus à tutela de urgência satisfativa, já que o dispositivo estende às vedações à tutela antecipada prevista no CPC.

Por fim, a lei 12.016/2009 (LMS) trata da eficácia da medida, ao dispor que será decretada a perempção ou caducidade da medida liminar quando, concedida a medida, o impetrante criar obstáculo ao normal andamento do processo ou deixar de promover, por mais de três dias úteis, os atos e as diligências que lhe cumprirem (art. 8º).

Ainda sobre o tema, dispõe o enunciado 35 do Fórum Permanente de Processualistas Civis que "As vedações à concessão de tutela provisória contra a Fazenda Pública limitam-se às tutelas de urgência". Ou seja, as vedações à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública não se aplicam aos casos de tutela de evidência.

Também é possível a concessão da *tutela cautelar* no âmbito do processo coletivo, nos termos do artigo 300 e seguintes do Código de Processo Civil. As tutelas cautelares visam conferir proteção com vistas a afastar o perigo de ineficácia do resultado final da pretensão definitiva. Há expressa menção à ação cautelar no artigo 4º da LACP, nada obstante se trate, como já mencionado, de medida de natureza satisfativa. De toda forma, para a concessão da medida cautelar (inclusive no processo coletivo) basta que se comprovem os requisitos, os quais, tradicionalmente, são o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. O CPC/2015 unificou o tratamento dos requisitos necessários para a concessão da tutela de urgência, que pode ser cautelar ou antecipada, dispondo que será devida quando houver elementos que evidenciem a *probabilidade do direito* e o *perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo*.

O pedido pode ser realizado na própria petição inicial ou durante o procedimento, por simples petição, da mesma forma que ocorre com a tutela antecipada. É possível, também, a pretensão cautelar antecedente, subsistindo, neste caso, o processo cautelar autônomo (CPC, art. 305 e seguintes).

O Código de Processo Civil de 2015 não mais prevê cautelares típicas, se valendo do poder geral de cautela, que se consubstancia na capacidade geral que detém o estado de evitar que o tempo necessário para a concessão da tutela definitiva gere a ineficácia desta.

Ainda subsistem, porém, três espécies de medidas cautelares específicas na Lei 8.429/92, quais sejam, a indisponibilidade de bens, o sequestro e o afastamento temporário do exercício do cargo, emprego ou função (artigos 7º, 16 e 20, parágrafo único). Nada obstante, se admite, também no âmbito da improbidade administrativa, qualquer medida cautelar, e, mais do que isso, a tutela de urgência comum (cautelar ou antecipada). Segundo o STJ, em ação de improbidade, ressalvadas as medidas de natureza exclusivamente sancionatória - por exemplo, a multa civil, a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos - pode o magistrado, a qualquer tempo, adotar a tutela necessária para fazer cessar ou extirpar a atividade nociva[59]. Aliás, embora o art. 17, § 7º da LIA estabeleça, como regra, a prévia notificação do acusado para se manifestar sobre a ação de improbidade, pode o magistrado, excepcionalmente, conceder a medida liminar sempre que verificar que a observância daquele procedimento legal poderá tornar ineficaz a tutela de urgência pretendida, valendo-se do poder geral de cautela[60].

14.11 POSSIBILIDADE DE DESCOLAMENTO DO RÉU PARA O POLO ATIVO NAS AÇÕES COLETIVAS

Nada obstante a legitimidade ativa para a ação popular seja exclusiva do cidadão, conforme artigo 5º, LXXIII, da Constituição Federal e artigo 1º da Lei 4.717/65, que regula a ação popular, disposição constante no artigo 6º, §3º desta lei autoriza que as pessoas jurídicas de direito público ou privado, incialmente demandas na ação, possam optar por migrar para o polo ativo, passando a atuar em litisconsórcio com cidadão.

Nos termos do dispositivo, a *pessoa jurídica* de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao *interesse público*, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.

59. Neste sentido: STJ. REsp 1385582 / RS. Segunda Turma. Min. Herman Benjamin. J. 01/10/2013. DJe 15.8.2014; STJ. AREsp 462573 / ES. Primeira Turma. Min. Napoleão Nunes. J. 27/11/2018. DJe 06/12/2018.
60. STJ. REsp 1385582 / RS. Segunda Turma. Min. Herman Benjamin. J. 01/10/2013. DJe 15.8.2014.

Como se verifica, a excepcional mudança de polo deve ser útil ao interesse público. Pode ocorrer, inclusive, de a pessoa jurídica, inicialmente ré, passar a atuar sozinha no polo ativo, quando, após sua migração, o cidadão desistir da ação e nenhum outro cidadão ou o Ministério Público assumir a posição, promovendo o prosseguimento da ação (Art. 9º da lei 4.717/65).

A razão do dispositivo é simples. Visando, a ação, proteger o patrimônio público, a pessoa jurídica demandada pode, em tese, ser diretamente lesada pela prática ilegal apontada na inicial, o que motivaria seu interesse por compor o polo ativo da ação.

Pela mesma razão e considerando o microssistema de processo coletivo há, também, possibilidade de a pessoa jurídica demandada migrar para o polo ativo na *ação civil pública*, sendo possível, por exemplo, que réu passe a atuar ao lado da Defensoria Pública em uma ACP ajuizada pela instituição. Havendo interesse público, será possível o deslocamento. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, inclusive, "é no sentido de que o deslocamento de pessoa jurídica de Direito Público do polo passivo para o ativo na Ação Civil Pública é possível quando presente o interesse público, a juízo do representante legal ou do dirigente, nos moldes do art. 6º, § 3º, da Lei 4.717/1965, combinado com o art. 17, § 3º, da Lei de Improbidade Administrativa"[61].

Com relação à ação de improbidade administrativa, a Lei 8.429/92, em seu artigo 17, §3º, autoriza a aplicação, no que couber, do disposto no parágrafo 3º, do artigo 6º, da Lei 4.717/65, sendo, portanto, aplicável a regra concernente à possibilidade de deslocamento da pessoa jurídica para o polo ativo. Válido observar que a ação de improbidade é ajuizada, em geral, em face unicamente dos agentes públicos. Mesmo nesses casos, ainda que não se trate propriamente de alteração da posição processual, a pessoa jurídica interessada pode requerer seu ingresso no polo ativo, com vistas a resguardar o interesse público.

61. STJ. REsp 1391263 / SP. Rel. Min. Herman Bejamin. Segunda Turma. j. 06/05/2014. DJe 07/11/2016. No mesmo sentido: AgRg no REsp 1012960 / PR. Segunda Turma. DJe 04/11/2009.

Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves[62], nesses casos, apesar de corrente doutrinária considerar obrigatória a informação acerca da existência do processo à pessoa jurídica interessada, o Superior Tribunal de Justiça já consolidou o entendimento contrário, afirmando ser facultativa essa informação", a exemplo do que se decidiu no REsp 886.524/SP (rel. Min. João Otávio Noronha, DJe 13.11.2007).

O momento para o pedido de alteração do polo é motivo de cizânia doutrinária e jurisprudencial. Tanto é assim que no âmbito do Superior Tribunal de Justiça encontramos decisões afirmando que o requerimento deve ser feito no prazo para contestar, sob pena de preclusão, já que o próprio dispositivo constante na Lei 4.717 (Art. 6º, §3º) aduz que o réu deve se abster de contestar[63]; assim como há decisões no sentido de que o pedido de alteração do polo poderia ser feito até a sentença, já que, o que importa, é a existência de interesse público apto a motivar a mudança, o que, em certos casos, somente poderia ser revelado no curso da ação. Demais disso, como artigo 17 da Lei da Ação Popular preceitua que a entidade pode, ainda que tenha contestado a ação, proceder à execução da sentença na parte que lhe beneficiar, restaria evidente a viabilidade de composição do polo ativo a qualquer tempo[64].

---

62. *Manual de processo coletivo*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 245.

63. Neste sentido: STJ. AgRg no Recurso Especial n. 973.905 – SP. Rel. Min Humberto Martins. j. 04.06.2009. Conforme consta na ementa: "1. O requerimento para figurar no pólo ativo da relação processual foi exercido dentro do prazo para o oferecimento da contestação, não se havendo falar em preclusão lógica ou temporal em razão da entidade de direito público ter pleiteado - nos termos do art. 7º, IV, da Lei 4.717/65 - o prazo em dobro para a resposta à ação.
2. O fato de o ente público ter pedido prazo em dobro para responder à ação não quer dizer que ele praticou ato incompatível com a faculdade de requerer o ingresso no pólo ativo da relação processual. A incompatibilidade só teria ocorrido se, efetivamente, a municipalidade tivesse apresentado contestação".

64. Neste sentido: "O deslocamento de pessoa jurídica de Direito Público do pólo passivo para o ativo na Ação Popular é possível, desde que útil ao interesse público, a juízo do representante legal ou do dirigente, nos moldes do art. 6º, § 3º, da Lei 4.717/1965.
Não há falar em preclusão do direito, pois, além de a mencionada lei não trazer limitação quanto ao momento em que deve ser realizada a migração, o seu art. 17 preceitua que a entidade pode, ainda que tenha contestado a ação, proceder à execução da sentença na parte que lhe caiba, ficando evidente a viabilidade de composição do pólo ativo a qualquer tempo. Precedentes do STJ." (STJ. REsp 945238. Rel. Min. Herman Benjamin. DJe 20/04/2009)".

A possibilidade de deslocamento tem relevância prática. A exemplo disso, imagine-se uma ação civil pública ajuizada em face dos entes federados, visando restabelecer determinado serviço público, sendo que um dos réus comprova que não tem recebido dos demais o repasse obrigatório das verbas necessárias ao custeio, requerendo, por consequência, a migração para o polo ativo. Neste caso, presente o interesse público, a pessoa jurídica de direito público interessada passará a atuar ao lado do autor da ação.

14.12 POSSIBILIDADE DE LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO ENTRE RAMOS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Dispõe o Código de Processo Civil que duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente (artigo 113).

No processo coletivo, a legitimação ativa é disjuntiva e concorrente. Isto quer dizer que os legitimados podem ajuizar a ação independentemente dos demais, embora possam fazer também em conjunto, possuindo, cada um deles, o direito de participar da formação da decisão comum ao grupo que representam.

Neste ponto, é válido registrar que não há nada que vede a formação de litisconsórcio entre ramos da Defensoria Pública. Por exemplo, pode a Defensoria Pública da União e alguma Defensoria Pública do Estado atuar facultativamente em litisconsórcio ativo, situação bastante comum. Com efeito, "é possível o litisconsórcio facultativo entre Defensorias Públicas colegitimadas à propositura da mesma ação coletiva"[65], devendo sua formação se justificar por alguma razão específica do caso concreto, sempre que as circunstâncias do caso recomendem, na linha do que decidiu o STJ em casos envolvendo a atuação de ramos Ministério Público (REsp 1.254.428/MG, Terceira Turma, rel. min João Otávio Noronha, j. 02.6.2016 e REsp 1.444.484/RN, Primeira Turma, rel. min. Benedito Gonçalves, j. 18.09.2014), independentemente da aplicação (analógica) do § 5º do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública.

65. DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. 4v. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 240.

Com efeito, segundo a decisão do STJ no RESp 1.254.428/MG, o veto presidencial ao parágrafo único do artigo 92 do Código de Defesa do Consumidor não atingiu o § 5º do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública, inserido por força do art. 113 do CDC, que não foi vetado. A mensagem de veto, todavia, parece ir em sentido oposto, ao fazer expressa menção ao artigo 113 quando tratou dos motivos do veto ao parágrafo único do artigo 92.

Este dispositivo da LACP (§ 5º do artigo 5º) dispõe ser admissível o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados, no que poderia ser aplicado analogicamente à Defensoria Pública, por tratar-se de instituição igualmente legitimada e com organização similar ao MP. A par do debate, reitera-se que o litisconsórcio aqui tratado independe da manutenção de tal previsão na Lei 7.347. Neste caso, deve ser privilegiada a maior proteção à tutela coletiva, assim como o princípio da participação, na medida em que a participação de mais de um ramo da instituição alargue a representação democrática no processo coletivo.

Questão interessante é saber como fica a contagem dos prazos em dobro e a intimação pessoal dos defensores públicos no caso da formação do litisconsórcio entre os ramos da instituição (por exemplo, DPU e DPE). *Será necessário a intimação pessoal dos membros de ambas as instituições? Os prazos serão dobrados? Esses prazos serão contados em comum ou de forma sequencial* (iniciando--se para um depois do fim do prazo do outro)?

Registra-se, desde logo, que tais temas carecem de maior enfrentamento jurisprudencial e doutrinário, o que se procurará fazer nas próximas linhas. Quanto à necessidade de intimação de ambas as instituições, à luz do princípio da unidade (art. 134 da Constituição Federal e art. 2º da LC 80/1994), a resposta poderia ser pela desnecessidade de intimação de ambos os membros, bastando que um deles seja intimado. Neste caso, poderia se considerar, inclusive, que não se trata propriamente de um litisconsórcio, mas de distintos representantes de uma única instituição atuando em conjunto, ou seja, que tanto o defensor estadual quanto o federal atuam como representantes de uma mesma instituição, a Defensoria Pública, que é una. Relembra-se aqui a existência de cizânia acerca do alcance do princípio institucional da unidade. Neste ponto, como já anotado nesta obra em outro trecho, discordamos da corrente que defende

que a unidade existe somente em cada ramo da Defensoria Pública, a exemplo do que faz Frederico Rodrigues Viana[66]. A Constituição Federal é clara ao se referir à Defensoria Pública como uma só no artigo 134, *caput*. A legislação de regência dispõe, por sua vez, que a "a Defensoria Pública abrange: I – a Defensoria Pública da União; II – a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios; III – as Defensorias Públicas dos Estados" (art. 2º da LC 80/94). O uso do singular (a Defensoria Pública) não é por acaso. À semelhança do que sucede com o Poder Judiciário e com o Ministério Público a divisão administrativa ocorre somente a fim de acompanhar a forma federativa do Estado brasileiro, possibilitando a otimização do desempenho da prestação de assistência jurídica, corolário do acesso à justiça. Demais disso, a singularidade normativa é extraída da existência de uma lei orgânica nacional da Defensoria Pública (LC 80/94). Neste aspecto, faz sentido a posição de Caio Paiva, para quem a unidade deve ser entendida em três aspectos: hierárquico-administrativa, funcional e normativa. Para referido autor a unidade é da instituição globalmente considerada, mas seria, no entanto, possível afirmar que o princípio só existe em cada ramo da Defensoria Pública em um dos seus aspectos, o hierárquico-administrativa[67]. Com efeito, cada ramo da instituição tem sua própria organização administrativa. Portanto, a intimação de um deles não se comunica aos demais, concluindo-se, portanto, que ambos devem ser intimados das decisões tomadas no processo em que atuam em conjunto. Nada impede que, na prática, seja formalmente dispensada, pelos defensores públicos atuantes, em comum acordo, a intimação de um dos membros, a fim de imprimir celeridade ao processo, quando isto beneficiar os substituídos (o grupo vulnerável).

No que se refere à contagem de prazos em dobro parece não pairar maiores dúvidas, já que a prerrogativa é prevista na lei de regência nacional da instituição (art. 44, I; 89, I *e* 128, I da LC 80/1994) e no Código de Processo Civil (art. 186, §1º). Neste caso, não sendo dispensada a dupla intimação, conforme anotado acima, o prazo de cada membro de ser contado dobrado. Não nos parece ser possível (ou necessário) incidir o disposto no artigo 229 do CPC, que se volta aos escritórios de advocacia distintos.

---

66. *Defensoria Pública*. 3. ed. Salvador: Juspodvm, 2014. p. 98.
67. PAIVA, Caio. *Prática penal para Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 28.

Por fim, os prazos devem ser contabilizados de forma sequencial, especialmente quando se tratar de processos físicos, já que também é prerrogativa de cada membro a vista dos autos (art. 44, I; 89, I *e* 128, I da LC 80/1994). Tratando-se de processos eletrônicos, todavia, não parece haver óbice a que o prazo, em dobro, corra de forma paralela para ambos, já que, por atuarem em conjugação de esforços, no mesmo polo da ação, não haveria conflito de interesses, devendo-se observar que o prazo somente terá início a partir da consulta à intimação por cada um deles, ou seja, podendo não ser iniciado no mesmo momento (art. 5º, Lei 11.419/06).

14.13 AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE COLETIVA – EXTINÇÃO DA AÇÃO OU SUBSTITUIÇÃO DO LEGITIMADO?

Questão interessante é saber o que ocorre se o magistrado concluir pela inadequação do legitimado que propor a ação coletiva, quando verificar que este não detém legitimidade para o caso específico.

Nestas situações, à luz das regras do microssistema coletivo (artigo 9º da Lei 4.717/95; artigo 5º, parágrafo 3º da Lei 7.347/85), deve haver o aproveitamento do processo coletivo, com a substituição da parte inadequada para a condução da demanda, realizando sua sucessão por outro colegitimado. Para tanto, é indicado que o juízo cientifique os possíveis interessados, por meio de notificação e publicação de edital. Optar por simplesmente extinguir o processo sem resolução do mérito, além de ir contra o princípio da primazia da decisão de mérito (art. 4º, CPC), se mostrar ineficaz sob o ponto de vista da efetividade dos direitos coletivos[68].

14.14 LITISPENDÊNCIA ENTRE AÇÃO INDIVIDUAL E COLETIVA – DESISTÊNCIA DA AÇÃO INDIVIDUAL, CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA PARTE INTERESSADA E EFEITOS NA TUTELA PROVISÓRIA

O artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor dispõe que *as ações coletivas não induzem litispendência para as ações in-*

68. Neste sentido: DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. 4v. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p.212.

dividuais, mas os autores de ações individuais devem requerer a *suspensão* da ação individual que veicula a mesma questão em ação coletiva, *no prazo de trinta dias*, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva, a fim de se beneficiarem da sentença que lhes é favorável no feito coletivo.

Existe disposição similar na parte final artigo 13 da Lei 13.300/2016 (Lei do Mandado de Injunção) e no artigo 22 da Lei do Mandado de Segurança (12.016/09), sendo que, nestas, a lei exige a *desistência* do processo individual. A regra é criticada pela doutrina, que entende que melhor seria a previsão da suspensão da ação individual – e não sua desistência - como ocorre na previsão do artigo 104 do CDC. Sustenta-se, inclusive, que a regra que exige a desistência é inconstitucional, com ainda mais razão no caso do MS, já que seu exercício está condicionado ao prazo decadencial de cento e oitenta dias. Assim, as normas da LMI e da LMS devem ser lidas na forma do artigo 104 do CDC, aplicando-se o microssistema do processo coletivo e evitando a pronúncia de inconstitucionalidade da norma em face do artigo 5º, inciso XXXV da CF/88.

De toda forma, trata-se de um direito de opção de excluir-se do alcance da demanda coletiva (*right to opt out*), ou de ser nele incluído (*right to opt out)*, condicionado à notificação inequívoca (*fair notice*). Por inequívoca deve-se compreender o aviso nos autos da ação individual, competindo à parte ré dar ciência aos interessados da existência da ação coletiva, momento no qual começa a correr o prazo para a parte autora postular a suspensão (ou desistência) do feito individual.

Caso a cientificação não ocorra, deverá prevalecer a coisa julgada que beneficiar o autor, não sendo possível vedar-lhe a extensão dos efeitos decorrentes da coisa julgada na ação coletiva (neste sentido: STJ. REsp 1593142/DF. Min. Napoleão Nunes Maia. Primeira Turma. DJe 21/06/2016).

Com relação à tutela provisória, caso seja negada em ação coletiva, não há óbice a que seja analisada e concedida no processo individual. Neste sentido é o enunciado 691 aprovado pelo Fórum Permanente de Processualistas Civis: "A decisão que nega a tutela provisória coletiva não obsta a concessão da tutela provisória no plano individual".

14.15 SUSPENSÃO DAS AÇÕES INDIVIDUAIS POR FORÇA DA PROPOSITURA DE AÇÃO COLETIVA

A controvérsia a respeito da viabilidade da suspensão de ação individual, por força de propositura de ação coletiva, segundo decisão tomada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (ARE 738109 RG /RS, rel. min. Teori Zavascki, Pleno, j. 26.09.2013) é de natureza infraconstitucional, não havendo, portanto, matéria constitucional a ser analisada. Com esta decisão, o STF remeteu a decisão final sobre a questão ao Superior Tribunal de Justiça – STJ.

No âmbito do STJ, encontramos decisões no sentido de ser *possível a suspensão das ações individuais, até o trânsito em julgado das ações civis públicas atinentes à macrolide geradora de processos multitudinário* (STJ, REsp 1525327/PR, rel. min. Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, j. 12/12/2018). Este tem sido o entendimento da Corte.

A análise da posição jurisprudencial do STJ neste campo deve ser feita com atenção, já que, em boa parte das ementas consta a informação de que "ajuizada ação coletiva atinente à macrolide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva"[69].

Não se deve considerar, todavia, que as ações individuais devem ser automaticamente suspensas quando houver ação coletiva tratando da mesma matéria. Da leitura do inteiro teor dos julgados do STJ sobre a matéria extrai-se entendimento da corte no sentido da possibilidade de determinação da suspensão das ações individuais, mas não da sua ocorrência automática e obrigatória.

Válido de menção é a decisão adotada no Recurso Especial 1.457.199/RS (rel. min. Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, j. 12/11/2014), na qual pontuou-se ser possível a suspensão das ações individuais que versarem sobre a matéria da ação coletiva, afastando-se, todavia, a determinação de extinção automática destas ações, em face da ausência de previsão legal desta medida, segundo se verifica no inteiro teor do julgado. Ou seja, se por um

69. Neste sentido: STJ, REsp 1110549 / RS, rel. min. Sidnei Beneti, Segunda Seção, j. 28/10/2009. STJ, REsp 1353801 / RS, rel. min. Mauro Campbell, Primeira Seção, j. 14/08/2013. STJ, AgRg nos EAREsp n. 693.242/PR, rel. min. Laurita Vaz, Corte Especial, j. 16/12/2015.

lado é possível a suspensão, de outro as ações individuais não devem ser automaticamente extintas, devendo permanecer *suspensas* até o trânsito em julgado da ação coletiva.

14.16 CONEXÃO, CONTINÊNCIA E LITISPENDÊNCIA ENTRE AÇÕES COLETIVAS

Em tese, poderá haver conexão, continência ou litispendência entre ações coletivas, inclusive envolvendo espécies diferentes (ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo etc.), não importando, assim, o nome dado à ação ou ao procedimento. É plenamente possível, por exemplo, que uma ação civil pública verse sobre o mesmo tema de uma ação popular. Foi neste sentido a decisão do Superior Tribunal de Justiça no AgRg nos EDcl no MS 13710/DF (relator ministro Celso Limongi, Terceira Seção, data do julgamento 23/09/2009), reconhecendo a ocorrência de litispendência entre um mandado de segurança e uma ação popular.

A *conexão* ocorre quando se constata vínculo de semelhança entre causas, geralmente determinando a modificação da competência para reuni-las em um único juízo. O objetivo é evitar a prolação de decisões contraditórias e promover a economia processual. Trata-se de questão indisponível, que transcende o interesse das partes, podendo, portanto, ser conhecida *ex officio*. Note-se que, a priori, o órgão jurisdicional é competente, mas a causa deve ser remetida a outro, em razão da conexão, prorrogando-se a competência.

Em causas coletivas, a conexão segue o regime jurídico das demandas individuais. Assim, pode ser alegada por qualquer das partes e conhecida de ofício, a qualquer tempo, pelo magistrado, tendo como efeito a *reunião dos processos para decisão conjunta*, salvo se um deles já houver sido sentenciado (art. 55, §1º, CPC). Há divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da obrigatoriedade ou facultatividade da reunião de processos em razão da conexão.

O artigo 2º, parágrafo único, da Lei da Ação Civil Pública dispõe que "a propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto", seguindo o padrão da legislação individual, ao considerar conexas duas ou mais ações em função de um dos elementos objetivos da demanda (art. 55, *caput*, CPC:

Reputam-se conexas duas ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir).

Por sua vez, o artigo 55, §3º do CPC, ampliando as hipóteses legislativas de conexão, passou a prever a conexão sempre que houver risco de decisões contraditórias, aduzindo expressamente que "serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles". A nova regra também possui aplicação no exame da conexão em ações coletivas[70].

Há ainda a possibilidade de conexão em razão do vínculo estabelecido pela semelhança do objeto de prova, a denominada *conexão probatória*, também aplicável "entre causas coletivas, de modo que os órgãos jurisdicionais unifiquem a produção da prova, racionalizando os custos do processo e observando a necessidade de duração razoável"[71], com base no princípio da eficiência (art. 8º, CPC) e na regra de cooperação jurídica (art. 69, CPC).

Se um dos processos conexos já tiver sido julgado não será determinada a reunião, conforme o artigo 55, §1º do CPC e o enunciado da súmula 235 do Superior Tribunal de Justiça. Neste caso, poderão ocorrer duas situações: (1) se houver identidade parcial entre as ações, o objeto da segunda deve ser dividido, subsistindo apenas na parte que não coincidir com o objeto da demanda julgada, continuando seu tramite em relação à matéria restante no juízo competente; (2) havendo identidade total entre as ações, ocorrerá a extinção da segunda.

O próprio STJ, todavia, já chegou a excepcionar a regra prevista no parágrafo 1º do artigo 55 e em seu enunciado. No caso, foi instaurado conflito de competência em decorrência da tramitação de ações civis públicas aforadas na Justiça Estadual (a primeira, como ação cautelar), pelo Ministério Público e outra (posteriormente) na Justiça Federal de Governador Valadares/MG, pela Defensoria Pública, com o objetivo de determinar a distribuição de água mineral

70. Neste sentido: DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 4v. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 162.

71. *Ibidem*. p. 164.

à população em virtude da poluição do Rio Doce ocasionada pelo rompimento da barragem de Fundão, em Mariana/MG. Mesmo já tendo sido julgada a ação na Justiça Estadual, a corte entendeu pela competência da Justiça Federal, dado o interesse da União, reunindo todos os processos em vara da capital (Belo Horizonte), considerando que lá também já tramitava uma ação civil pública com escopo mais amplo.

A definição de qual juízo processará e julgará as causas reunidas é realizada pelo critério da prevenção, o que se aplica, também, ao processo coletivo. Em geral, prevento é o juízo perante o qual a primeira demanda foi proposta. Como visto, o artigo 2º, parágrafo único, da Lei da Ação Civil Pública dispõe que *a propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas* que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto. Conforme o Código de Processo Civil "a reunião das ações propostas em separado far-se-á no juízo prevento, onde serão decididas simultaneamente" (art. 58), sendo que "o registro ou a distribuição da petição inicial torna prevento o juízo" (art. 59). É válido recordar que somente haverá distribuição quando existir mais de um juízo competente para o processamento. Além disso, a mera propositura da ação, que ocorre no momento do protocolo da petição inicial (art. 312, CPC), não é suficiente para definir a prevenção, sendo necessário a identificação do juízo da causa através do registro ou pela distribuição.

A *continência*, por sua vez, é considerada por boa parte da doutrina como uma espécie de conexão ou uma litispendência parcial, de forma que seria mesmo desnecessária sua existência, já que as questões que dizem respeito à relação entre causas pendentes são resolvidas pelos institutos da conexão ou da litispendência[72]. De toda sorte, é prevista no artigo 57 do CPC, que indica sua ocorrência quando entre duas ou mais ações houver identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o pedido de uma, por ser mais amplo, abrange o das demais.

Nestes casos, "quando houver continência e a ação continente tiver sido proposta anteriormente, no processo relativo à ação contida

72. *Ibidem*. p. 163.

será proferida sentença sem resolução de mérito, caso contrário, *as ações serão necessariamente reunidas*" (CPC, artigo 57). Acerca do tema, é importante conhecer o enunciado 489 da súmula do STJ: "Reconhecida a continência, devem ser reunidas na Justiça Federal as ações civis públicas propostas nesta e na Justiça estadual".

Por sua vez, a *litispendência* é tradicionalmente apontada quando se verifica a tríplice identidade entre os elementos da demanda (partes, causa de pedir e pedido). Neste caso, a mesma demanda dá origem a dois ou mais processos. Com efeito, o Código de Processo Civil brasileiro dispõe que se verifica a litispendência quando se reproduz ação anteriormente ajuizada e que ainda está em curso, sendo que a identidade entre as ações é constatada quando tiverem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido (CPC, artigo 337).

Segundo Hermes e Didier, "a tríplice identidade dos elementos da demanda é apenas o caso mais emblemático de litispendência", mas não o único, de forma que "há litispendência quando pendem processos com o mesmo conteúdo"[73], ou seja, quando a mesma situação controvertida for apresentada em processos diversos. No contexto do processo coletivo isto equivale a dizer que é possível a verificação de litispendência sem que haja identidade entre as partes, não importando, portanto, no processo coletivo, que o mesmo legitimado coletivo tenha proposto as ações coletivas. A diferença entre litispendência e conexão, assim, residiria em que nesta última há duas ou mais causas diferentes, enquanto a litispendência pressupõe a pendência de duas ou mais causas iguais.

Em suma, no processo coletivo, a identidade da parte autora é irrelevante quando se analisa a ocorrência de litispendência. Existe litispendência quando colegitimados diferentes buscam tutelar o mesmo interesse em juízo por meio de processos diversos. Desta forma, diante de duas ações coletivas pode haver litispendência com partes iguais, mas também pode ocorrer litispendência com partes diferentes.

73. Neste sentido: DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 4v. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 174.

Conforme disposto no artigo 485, inciso V do CPC, a litispendência tem como efeito a extinção do processo sem exame do mérito. Isto se aplicaria, sem excepcionalidade, ao processo coletivo, como é a posição de Daniel Amorim Assumpção, para quem tal entendimento segue a doutrina majoritária, que defende:

> a extinção do processo sem resolução do mérito quando ocorrer litispendência entre ações coletivas, ainda que havendo, no caso concreto, diferentes autores. De acordo com essa concepção, o direito de ação estará preservado porque o autor da ação coletiva extinta poderá ingressar como litisconsorte ulterior ou assistente litisconsorcial do autor da ação coletiva que será mantida em trâmite[74].

Parcela da doutrina, a exemplo de Fredie Didier e Hermes Zaneti, defende, todavia, que quando ocorrer a *litispendência com partes diversas* não se deve optar pela extinção do processo, devendo se realizar a reunião dos processos para julgamento simultâneo[75], o que se justifica por lógica e economia processual (é mais simples reunir as causas do que extinguir uma delas e permitir que o legitimado da ação extinta peça para ingressar na subsistente). Em suma, a litispendência com tríplice identidade gera a extinção de um dos processos, enquanto a litispendência sem tríplice identidade (com mesmo pedido, mesma causa de pedir, mas partes autoras diversas), gera a reunião daqueles.

Realmente, a experiência prática tem demostrado que deve ser evitada a extinção precoce do processo coletivo, a fim de evitar mais prejuízos do que a reunião deles. Por exemplo, o pedido de ingresso do legitimado na ação subsistente pode gerar mais discussões do que a reunião para julgamento conjunto, atrasando a marcha processual; o mesmo se diga em relação à possível debate em grau recursal em face da extinção do processo. Em outra hipótese, imagine-se uma ação popular proposta contra o mesmo réu, tendo mesma causa de pedir e o mesmo pedido que uma ação civil pública anteriormente ajuizada. Tratando-se de evidente caso de

74. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de processo coletivo. 3º ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 318.

75. Neste sentido: DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 4v. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 176.

litispendência entre diferentes espécies de ação coletiva, a extinção do processo feriria o princípio da inafastabilidade da jurisdição, já que tais ações possuem legitimados diferentes, de forma que o cidadão, legitimado para a ação popular, não poderia, em tese, ingressar como litisconsorte ativo do autor da ACP em trâmite. A junção dos processos, portanto, privilegia maior participação democrática, não devendo ser desconsiderado que o processo coletivo possui uma dimensão social. Por tais razões, é bastante razoável que a possibilidade de reunião dos processos para julgamento conjunto seja considerada com prioridade em relação à simples extinção do feito sem análise do mérito, sendo realizada sempre que possível.

Questão problemática surge quando os processos se encontram em graus diferentes de jurisdição, já tendo, por exemplo, um deles sido julgado em primeiro grau. Didier e Hermes sugerem que nestes casos haja a suspensão do processo (mais novo), aplicando-se o artigo 313, V, "a" do CPC, que trata de causas prejudiciais[76].

Diante do que foi exposto neste tópico, pode-se afirmar que há uma tendência para que a *reunião dos processos* se consubstancie *como efeito geral no processo coletivo*, podendo ocorrer em decorrência de conexão, continência ou litispendência.

Por fim, anota-se não há litispendência entre uma ação coletiva que trate de direitos difusos e outra que verse sobre direitos individuais homogêneos, já que, embora possam ter os mesmos fatos (causa de pedir remota), a causa de pedir próxima (fundamentos jurídicos) será diferente. Ou seja, a causa é diferente. O que pode existir entre elas é uma relação de preliminaridade, quando a depender da solução que se der à primeira, a segunda nem mesmo será examinada, havendo, assim, conexão, que implicará da reunião dos processos para julgamento conjunto.

14.17 ABANDONO OU DESISTÊNCIA DA AÇÃO

O parágrafo terceiro, do artigo 5º, da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) dispõe que "em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público

76. DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo.* 4v. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 177.

ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa". Por sua vez, a Lei 4.717/65 (Lei da Ação Civil Pública) traz previsão no sentido de que "se o autor desistir da ação ou der motivo à absolvição da instância, serão publicados editais, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de noventa dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação".

Como se verifica, os dispositivos tratam de duas situações: o *abandono* e a *desistência* da ação. Em qualquer caso, deve-se haver interpretação extensiva, no sentido de que o abandono ou a desistência da ação por qualquer autor legitimado coletivo (e não só pelas associações, no caso da ação civil pública) deve implicar em *sucessão processual*.

É também razoável entender que, assim como ocorre na ação civil pública, não só o Ministério Público ou outro cidadão poderá assumir o polo ativo na ação popular, podendo qualquer legitimado coletivo suceder processualmente. Isto é possível considerando a íntima relação entre a ação popular e a ação civil pública, o que erige uma espécie de legitimidade multilegitimária, já reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça[77]. O raciocínio se aplica ainda com mais razão à Defensoria Pública, em razão da missão constitucional atribuída à instituição, voltada à defesa individual e coletiva dos necessitados, à promoção de direitos humanos e, especialmente, por ser instrumento e expressão do regime democrático (artigo 134, *caput*, CF/88). Tal interpretação, sem sombra de dúvidas, favorece a participação democrática no processo coletivo.

No caso de desistência deve-se observar que existe regramento específico na ação civil pública, de forma que, nesta ação, a desistência deve ser *infundada*, autorizando-se, então, que outro colegitimado assuma a posição ativa na causa. Em outros termos, há possibilidade de desistência fundada no âmbito da ação civil pública.

Há ainda duas observações importantes a serem feitas: tratando-se de abandono, mostra-se necessária a prévia intimação do autor para dar andamento ao processo (artigo 485, §1º, CPC). Já a

77. Reconhecendo legitimidade multilegitimária como decorrência da afinidade entre ACP e AP: STJ. Primeira Turma. Recurso Especial 401.964/RO. DJ 11.11.2002.

desistência apresentada após a contestação, nos termos no código de processo civil, depende do consentimento do réu. Com relação à desistência, registra-se, todavia, posição doutrinária no sentido de que como na ação coletiva em regra esta não implica em extinção do processo (com exceção da desistência fundada na ação civil pública) não haveria necessidade de concordância[78].

14.18 COISA JULGADA NO PROCESSO COLETIVO

Segundo o Código de Processo Civil, "denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso" (art. 502, CPC), aduzindo, ainda, que "há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por decisão transitada em julgado" (art. 337, §4º, CPC) e que "a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros" (art. 506, CPC). Em termos simples, considera-se coisa julgada a situação jurídica que torna indiscutível o conteúdo de determinada decisão judicial.

Como se pode notar, no processo individual a imutabilidade e a indiscutibilidade geradas pela coisa julgada independe do fundamento da decisão. Além disso, a coisa julgada se opera em razão da simples existência de decisão de mérito, independentemente do resultado. Ou seja, mostra-se irrelevante que o pedido tenha sido acolhido ou não. Havendo sentença nos termos do artigo 487 do CPC, que lista as situações nas quais haverá resolução do mérito, existirá coisa julgada. Por isso se utiliza a expressão *coisa julgada pro et contra,* para designar que não importa se a decisão ocorreu a favor ou contra os interesses da parte, ou seja, neste caso, ela se forma independente do resultado do processo, do teor da decisão, da procedência ou não do pedido. É a regra geral.

A questão é disciplinada com peculiaridades no processo coletivo, onde há regramento próprio. O regime jurídico da coisa julgada coletiva encontra base no artigo 103 do Código de Defe-

78. Neste sentido é a posição de Daniel Alves Amorim, citado por Didier e Hermes, que parecem concordar (DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo.* 4v. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 377).

sa do Consumidor, que serve como regra geral ao microssistema processual coletivo[79].

14.18.1 Coisa Julgada no processo coletivo *secundum eventum probationis* e *secundum eventum litis*

Com relação ao *modo de produção*, relativamente aos *direitos difusos e coletivos* a coisa julgada se dará *secundum eventum probationis;* já no caso dos *individuais homogêneos* a coisa julgada opera-se *secundum eventum litis* (art. 103, CDC).

No tocante aos *direitos difusos e coletivos* isto significa que caso o pedido seja julgado improcedente por insuficiência de provas, poderá ser intentada nova ação. Qualquer legitimado, inclusive aquele que propôs o primeiro processo, poderá propor novamente a demanda, com idêntico fundamento, *desde que se valha de nova prova*. A coisa julgada só se forma em caso de esgotamento das provas (CDC, art. 103, I e II. LACP, art. 16. LAP, art. 18). A regra se justifica na medida em que a coisa julgada segundo o evento probatório serve como segurança aos titulares do direito, que, não participando do processo como parte, não podem ser prejudicados pela má instrumentalização processual do autor da demanda (o legitimado coletivo).

A contrário senso, não havendo prova nova não será admitido novo processo. A decisão de *procedência ou improcedência*, com *esgotamento de prova*, é apta a tornar-se indiscutível na seara coletiva. Neste caso, não é errado afirmar que a coisa julgada é também *pro et contra* (se forma independente do resultado de procedência ou não do pedido); somente pode ser revista (mitigada) se houver outra prova. Mas o que seria prova nova? Não há conceito determinado na lei, de forma que sua conceituação fica a cargo da doutrina. "O

79. Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:
I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;
II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;
III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

adjetivo 'novo' não é utilizado para designar um fato ocorrido após o término do processo em que se formou o título executivo, mas sim como novidade ao Poder Judiciário, por não ter sido objeto de apreciação em tal processo"[80], podendo ter sido produzida antes, durante ou depois da primeira ação. Lado outro, "somente a prova capaz de levar a um 'diferente resultado' é hábil a ultrapassar o juízo de admissibilidade da ação coletiva reproposta"[81].

De forma contrária, o artigo 38, §1º, do Projeto de Lei 5.139/2009 (visava trazer a lume a nova Lei da Ação Civil Pública) se referia expressamente à prova superveniente. O projeto foi rejeitado pela Câmara dos Deputados, todavia.

No que concerne aos direitos *individuais homogêneos*, a coisa julgada ocorre *secundum eventum litis* (art. 103, III, CDC). Isto quer dizer que, sendo julgado procedente o pedido na demanda coletiva os indivíduos estarão vinculados ao resultado. Contudo, sendo improcedente, os sujeitos titulares do direito material (individualmente considerados) não se vinculam, podendo ingressar com suas ações individuais, independente do fundamento da decisão coletiva. Em outros termos, a única decisão tomada em âmbito coletivo que vincula é a de procedência, ou seja, aquela que beneficia (*secundum eventum litis in utilibus*), podendo ser liquidada e executada por cada indivíduo (art. 103, §3º, CDC - trata-se do denominado *transporte in utilibus* da coisa julgada coletiva para o plano individual). Assim, tudo depende do resultado da sentença. A coisa julgada somente é produzida quando a demanda for julgada procedente.

Repare que o artigo 103, III, do CDC, que se refere aos direitos individuais homogêneos, trata, basicamente, da *extensão da coisa julgada para o plano individual*, que somente ocorrerá em caso de julgamento procedente. Assim, parcela da doutrina entende que se deve aplicar, também aos direitos individuais homogêneos, o modelo vigente para os direitos difusos e coletivos (art. 103, I e II, CDC), de forma que "se a ação coletiva for julgada procedente ou improcedente por ausência de direito, haverá coisa julgada no

---

80. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo*. 3º ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 359.

81. DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 4v. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 428.

âmbito coletivo; se julgada improcedente por falta de provas, não haverá coisa julgada no âmbito coletivo"[82], podendo ser reproposta mediante prova nova. Trata-se de posição minoritária, pelo menos por hora.

Com relação, especificamente, à ação de *improbidade administrativa*, parcela da doutrina, a exemplo de Daniel Assumpção[83], a qual me filio, entende que, sendo o processo de improbidade uma ação coletiva, a ele se aplicam as regras do microssistema, inclusive as que tratam da coisa julgada. Registra-se posição doutrinária, a exemplo de Hermes Zaneti Jr. e Fredie Didier Jr., que realizam distinção entre os pedidos na ação de improbidade, considerando que esta espécie de ação coletiva pode veicular pedidos de *(1)* aplicação das sanções ao agente ímprobo e *(2)* ressarcimento ao erário. Com relação ao primeiro, entendem que seria mais adequado seguir o regime da coisa julgada comum (*pro et contra)*; em relação ao capítulo indenizatório, aplicar-se-ia a regra geral do microssistema. Assim, o regime da coisa julgada na improbidade administrativa seria diferenciado conforme o capítulo da sentença[84]. Apesar de a ideia ser interessante, não encontra fundamento que possa ampará-la dentro do microssistema coletivo, especialmente considerando-se - como consideram os próprios autores mencionados - que a ação de improbidade administrativa é uma ação coletiva, motivo pelo qual a solução encontrada dentro do microssistema deve prevalecer.

O mesmo se diz com relação ao Mandado de Segurança Coletivo. A matéria (*modo de produção da coisa julgada*), vale observar, não é tratada pelo artigo 22, *caput*, da Lei 12.016/09. Tal dispositivo é relacionado aos *limites subjetivos*[85] da coisa julgada material (art. 22. No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante). A regra não difere dos limites subjetivos traçados no artigo 103, I e III do CDC (a não coincidência com o inciso I do

82. *Ibidem*. p. 430.
83. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de processo coletivo. 3º ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 367.
84. DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. 4v. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 437-438.
85. Tema abordado no item seguinte: "Coisa Julgada no processo coletivo erga omnes e ultra partes".

artigo 103 se justifica especialmente considerando que a lei do MS limita o objeto do *writ* coletivo aos direitos coletivos e individuais homogêneos). Assim, não havendo regra expressa na lei do MS a respeito do *modo de produção da coisa julgada*, aplica-se, também quanto a isso, o artigo 103 do CDC a esta espécie de ação coletiva, sendo possível repropor a demanda mediante prova nova (modo de produção da coisa julgada *secundum eventum probationis*) e, com relação às pretensões individuais homogêneas, a coisa julgada operar-se-á *secundum eventum litis*, de forma que se julgado improcedente, por qualquer fundamento, esta decisão não vincula o indivíduo, que poderá ingressar com o mandado de segurança individual, dentro do prazo de cento e vinte dias, ou outra ação, individualmente, de modo que a coisa julgada somente se opera *in utilibus*.

14.18.2 Coisa Julgada no processo coletivo *erga omnes* e *ultra partes*

No que se refere à sua *extensão (ou limites subjetivos)*, a coisa julgada pode operar *inter partes, ultra partes* ou *erga omnes*. A primeira é a regra geral para o processo individual, gerando vínculo somente entre as partes que participaram do processo.

No âmbito coletivo, de acordo com a legislação brasileira, a coisa julgada é *erga omnes* para os *direitos difusos* e *individuais homogêneos*; e *ultra partes* para os *direitos coletivos (em sentido estrito)*, conforme artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor.

De toda sorte, a coisa julgada, pela própria natureza coletiva da demanda, atingirá todos os membros de certo grupo, sendo composto por pessoas indeterminadas (direito difuso) ou determináveis (coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos).

Coisa Julgada Coletiva	Limites Subjetivos	Modo de Produção
Difusos	*Erga omnes*	*Secundum eventum probationis*
Coletivos	*Ultra Partes*	*Secundum eventum probationis*
Individuais homogêneos	*Erga omnes*	*Secundum eventum litis*

14.19 LIMITAÇÃO TERRITORIAL DA COISA JULGADA COLETIVA: EFICÁCIA SUBJETIVA DA COISA JULGADA COLETIVA E OS EFEITOS REGIONAIS OU NACIONAIS. RELAÇÃO NOMINAL DOS ASSOCIADOS (REPRESENTAÇÃO E SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL). ART. 16 DA LEI 7.347/85 E 2º-A DA LEI 9.494/97

O art. 16 da Lei 7.347/85 (LACP), com redação dada pela Lei 9.494/97, buscou limitar a abrangência territorial da tutela coletiva, estabelecendo que "a sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator (...)". A própria Lei 9.494/97 possui norma no mesmo sentido, prescrevendo, em seu artigo 2º-A que:

> Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.
>
> Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas *contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações*, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembleia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.

A previsão legal contém duas regras, uma relacionada à limitação territorial da decisão, outra (contida no parágrafo único) relativa à necessidade de instruir a petição inicial com ata da assembleia da entidade associativa, acompanhada da relação nominal dos associados.

Com relação à limitação territorial, a intenção dos dispositivos legais é restringir a eficácia subjetiva da coisa julgada em ação coletiva. Evidentemente, ao restringir a abrangência dos efeitos da sentença de procedência proferida em ação coletiva aos limites da competência do território do órgão prolator, o legislador confundiu os *limites subjetivos da coisa julgada* com os da *jurisdição e da competência*, fazendo crer, erroneamente, que os efeitos da sentença podem ser limitados territorialmente.

A interpretação literal do dispositivo aludido significa exigir diversas ações coletivas a respeito do mesmo fato, fazendo surgir grande risco de decisões contraditórias, o que não só abala a credibilidade do Poder Judiciário e afronta a economia processual, mas também viola o princípio constitucional da isonomia, na medida em que concede tratamento diverso as partes interessadas simplesmente por terem domicílios diversos. Teríamos, na hipótese, duas classes de cidadãos: aqueles que residem no local onde a demanda foi ajuizada e, portanto, beneficiados com eventual êxito do pedido e aqueles de outras localidades, sem acesso ao provimento judicial ou, o que é pior, com decisão diametralmente oposta (indeferimento do pedido), ferindo o princípio constitucional da isonomia e subvertendo a lógica das demandas coletivas, que se baseia na tutela molecular de direitos semelhantes[86].

Dessa forma, a decisão do juiz na ação ficaria restrita aos limites territoriais de sua competência, não podendo abranger todo o território nacional, estadual ou regional (a depender da escala do dano), não integrante de sua jurisdição.

A doutrina processualista, há tempos, já critica o dispositivo, aduzindo, entre outros fundamentos, que a necessidade de reconhecimento de maior extensão aos efeitos da sentença coletiva é consequência da indivisibilidade dos interesses transindividuais tutelados, sendo impossível separar os efeitos da decisão judicial, pois a lesão a um interessado implica lesão ao todo e o proveito a um a todos beneficia, importando não olvidar que direitos coletivos *lato sensu* são indivisíveis. "É a indivisibilidade do objeto que determina a extensão dos efeitos do julgado"[87]. "Como pode uma propaganda ser considerada abusiva em um Estado da Federação,

86. Neste sentido: DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 4v. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 446-447.
Destacamos aqui fala crítica do professor Luiz Rodrigues Wambier, durante o Encontro dos Defensores Públicos do Estado do Ceará, ocorrido em 2019, na cidade de Fortaleza, ao observar que no Brasil tem se conseguido a façanha de massificar os processos coletivos, desaguando na necessidade de ajuizamento de diversas ações que, pela sua natureza (de litígios coletivos), deveriam solucionar a questão de forma molecular, já que tais processos (coletivos) surgem exatamente para buscar equacionar os problemas resultantes dos litígios em massa (atomização dos litígios).

87. LEONEL, Ricardo Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 259.

e não ser em outro? Um medicamento nocivo à saúde em um Estado da Federação, e não em outro? Um contrato de adesão ser nulo em um Estado da Federação e válido em outros?"[88] A confusão realizada pelo legislador entre *competência* e *coisa julgada* (limites subjetivos) fica clara observando-se, por exemplo, uma sentença de divórcio, que, proferida por um juiz de um dos estados da federação não pudesse valer em comarca de estado diverso, continuando o casal casado em um local e noutro não, sendo necessário ajuizar 27 ações (uma em cada estado, mais o Distrito Federal) ou, ainda pior, em todas as comarcas do país.

Neste sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em festejada decisão tomada pela Corte Especial em Recurso Representativo de Controvérsia. Segundo constou na ementa "os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC)" (REsp 1.243.887, Corte Especial, rel. min. Luis Felipe Salomão, DJe 12/12/2011). O entendimento é aplicável a todas as espécies de direitos coletivos (difusos, coletivos *stricto senso* ou individuais homogêneos).

Não se desconhece que, mesmo após a decisão da Corte Especial no REsp 1.243.887, é possível encontrar decisões, nas turmas do próprio STJ, que aplicam a limitação do artigo 16 da lei 7.347/85, especialmente em relação aos direitos individuais homogêneos, o que revela insegurança jurídica, infelizmente comum em nossos tribunais[89].

De toda forma, a decisão tomada no REsp 1.243.887 foi reiterada pela Corte posteriormente, no EREsp 1.134.957 (Corte Especial, data do julgamento 24 de outubro de 2016).

É válido lembrar o que dispõe o Código do Consumidor, integrante do microssistema processual coletivo e aplicável, inclusive

88. São questionamentos trazidos por: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo*. 3º ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 364.
No mesmo sentido, criticando o dispositivo: DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. 4v. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.
89. Neste sentido: REsp 1.331.948/SP. Terceira Turma. DJ 14/06/2016.

por expressa previsão legal à ACP (art. 21 da Lei 7.374/85), nos artigos 93 e 103. O artigo 93 do CDC, inclusive, estabelece que a competência para julgar demandas de âmbito nacional ou regional é do juízo da capital dos Estados ou do Distrito Federal.

> Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:
> I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;
> II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

Sendo assim, valendo-se do microssistema coletivo, o artigo 16 da LACP deve ser interpretado à luz dos artigos 93 e 103 do CDC, de forma que, sendo o dano de escala local, regional ou nacional, o comando decisório deve ter capacidade para recompor ou indenizar o dano em suas abrangências territoriais totais, sem a limitação imposta pela redação literal do dispositivo trazido pela Lei 9.494/97.

No que se refere à *ação de improbidade administrativa*, tratando-se de ação coletiva, aplicam-se a ela as regras do microssistema, conforme doutrina amplamente majoritária[90].

No que concerne ao *mandado de segurança coletivo*, o artigo 22 da Lei 12.016/09 estabelece que "a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante". O dispositivo deve também ser lido à luz do artigo 103 do CDC. Com efeito, não há incongruências entre as regras da lei do mandado de segurança e o CDC, especialmente quando tratamos de direitos coletivos e individuais homogêneos (art. 103, II e III, CDC). Ao inverso, os limites subjetivos da coisa julgada material ali traçados são os mesmos. Quanto aos direitos difusos, há corrente no sentido de que o artigo 22 da lei do MS, ao limitar os efeitos da coisa julgada aos membros do grupo ou categoria, seria incompatível com essa categoria de direitos, sendo

90. Neste sentido: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo*. 3º ed. Salvador: Juspodivm, 2016. P. 364.

necessário valer-se do microssistema coletivo, para aplicar o inciso I do artigo 103 do CDC, afastando a aplicação do artigo 22 da lei do MS. Interessa observar, todavia, como o faz Daniel Amorim Assumpção Neves, que a redação da lei do mandado de segurança não condiciona a geração da coisa julgada material somente aos membros ou associados de determinada entidade (a autora), mas aos "membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante", entendendo-se estes como os sujeitos que, fazendo ou não parte do sindicato ou associação, são integrantes do grupo ou categoria cujo o direito coletivo está sob análise judicial. Vale lembrar que há cizânia doutrinária e jurisprudencial acerca do cabimento do mandado de segurança para tutelar direitos difusos. Sobre o tema, ver tópico específico nesta obra.

De toda sorte, a regra constante no artigo 2º da Lei 9.494/97 vem sendo afastada para o mandado de segurança coletivo, pois "não há fundamento para a limitação territorial da eficácia do provimento do julgado aos substituídos com domicílio na circunscrição do Tribunal (...), ainda mais quando a aplicação da limitação territorial prevista no art. 2°-A da Lei 9.494/1997 equivaleria a debilitar a própria função do mandado de segurança coletivo, de modo que 'o mais coerente é que a eficácia do título judicial esteja relacionada aos limites geográficos pelos quais se estende as atribuições da autoridade administrativa (...), e não ao domicilio dos impetrantes" (STJ. AgRg no REsp 1.472.329. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. j. 27/10/2015, DJe 05/11/2015). De fato, a ordem é dada para a autoridade coautora, a fim de que, ela, cumpra a decisão no âmbito de sua competência.

No Recurso Extraordinário 612.043/PR (rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 4.5.2017), julgado em regime de repercussão geral (art. 976, CPC), discutiu-se a abrangência dos efeitos da decisão em execução de sentença proferida em "ação ordinária de caráter coletivo" ajuizada por *entidade associativa* civil relativamente aos substituídos, para definir se estariam abarcados somente os filiados na data da propositura da ação ou também os que se filiaram no decorrer da ação (art. 2°-A da Lei 9.494/1997). Assim, a ação visou definir o momento adequado de exigir-se a comprovação de filiação daqueles representados pela associação, para fins de execução de sentença proferida em ação coletiva.

Antes disso a Corte já houvera decidido - em processo no qual terceiros, que não haviam anuído à propositura de demanda ajuizada por associação, buscavam executar o título executivo surgido - pela *indispensabilidade de prévia e específica autorização dos associados* para ajuizamento de ação por associação civil, sendo insuficiente a constatação de previsão genérica no estatuto, considerado o artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal. Dessa forma, firmou o entendimento de que a extensão subjetiva do título executivo formado em ação coletiva ajuizada por associação alcança somente os associados representados no ato de formalização do processo de conhecimento, presentes em autorização expressa conferida à entidade e em lista contendo o rol de nomes, anexadas à inicial (Recurso extraordinário nº 573.232, Pleno, relator o ministro Ricardo Lewandowski, DJE de 18 de setembro de 2014).

No RE 612.043/PR, mais uma vez, decidiu-se que a eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados *somente alcança os filiados que ostentassem tal condição em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes da relação jurídica juntada à inicial do processo de conhecimento.*

Nesta ação, o Plenário do STF considerou constitucional o art. 2º-A da Lei 9.494/1997 e ressaltou que, ante o conteúdo do *art. 5º, XXI, da Constituição Federal*, autorização expressa pressupõe associados identificados, com rol determinado, aptos à deliberação, pois a associação, além de não atuar em nome próprio, persegue o reconhecimento de interesses dos filiados[91]. Decorre daí a necessidade da colheita de autorização expressa de cada associado, de forma individual, ou mediante assembleia geral designada para esse fim, sendo a condição de filiado pressuposto do ato de concordância com a submissão da controvérsia ao Judiciário.

Conforme voto condutor da relatoria, a situação é diversa da regência alusiva ao sindicato, observados os artigos 5º, inciso LXX e 8º, inciso III, da Constituição Federal[92]. Este último dispositivo,

91. Constituição Federal, art. 5º. XXI – as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente.

92. Constituição Federal, art. 8º. III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

relativo aos sindicatos, revela caso de *substituição processual*. Já o *artigo 5º, inciso XXI*, concernente às associações, encerra situação de *representação processual* a exigir, para efeito da atuação judicial da entidade, a autorização expressa e específica dos membros, os associados[93].

A mesma razão é aplicável ao mandado de segurança coletivo, caso de *substituição processual* com regramento específico (CF, art. 5º, inciso LXX). No MS os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, *substituem* membros ou associados[94]. Neste sentido, dispõe a súmula 629 do STF: "A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes". A Lei do Mandado de Injunção, por sua vez, também deixou clara a desnecessidade de autorização dos membros (art. 12, III, Lei 13.300/2016). O mesmo ocorre, como veremos abaixo, com relação à própria Ação Civil Pública.

Em relação a isto, é válido recordar que na ação por representação se tutela direito alheio, em nome alheio. Assim, somente os representados que autorizaram estarão acobertados pela coisa julgada (neste caso, *pro et contra*). Já na substituição processual não se exige autorização, exatamente por se tutelar direito alheio, mas em nome próprio. Esta última situação (substituição) é a regra geral do processo coletivo, que revela caso de legitimidade autônoma e independente de autorização.

Apesar de debate quanto à necessidade de autorização expressa, nestas ações perante o STF, se restringir ao âmbito associativo, já que a questão não se aplica à Defensoria Pública e demais legitimados públicos, como o Ministério Público e entes federados, mostra-se relevante análise. Neste contexto, é válido ainda mencionar a dominante "jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido

93. Neste sentido: STF, RE 696.845 AgR / DF, j. 16/10/2012 e STJ, EDcl no AgRg no REsp 1.331.592/RJ. Este último inaugurou a divergência no STJ, que vinha aplicando de forma ampla (e equivocada, como se verá mais à frente) o precedente do STF.

94. Art. 5º. LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

da ampla legitimidade extraordinária dos *sindicatos* para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam, inclusive nas liquidações e execuções de sentença, independentemente de autorização dos substituídos" (RE 883.642 RG/AL. Tribunal Pleno. Min. Ricardo Lewandowski, j. 18.06.2015). O debate concernente à Defensoria Pública ocorre com relação ao alcance de pessoas não necessitadas em ação ajuizada pela instituição, questão analisada no tópico "A Defensoria Pública somente detém legitimidade quando o resultado da demanda atingir pessoas necessitadas? Como fica a liquidação da sentença para necessitados e não necessitados?".

Em interessante voto (vencido), no RE 696.845 AgR/DF, o ministro Ricardo Lewandowski afastava a exigência de prévia filiação associativa, argumentando que o legislador ordinário restringiu, indevidamente, o alcance dos dispositivos constitucionais que garantem o amplo acesso à Justiça e a representatividade das associações quanto aos seus associados.

Apesar de não suficientemente claro, a decisão do ministro parecia ter adotado a distinção que é feita por parcela da doutrina no sentido de que a "*ação coletiva ordinária*" se distingue da "*ação civil pública*" pelo tipo de direito tutelado, ou seja, enquanto a ação coletiva se presta a defesa dos *direitos individuais homogêneos*, a *ação civil pública* se volta para a tutela dos interesses *difusos e coletivos*[95]. Na realidade, houve confusão gerada a partir do uso da expressão "ação coletiva ordinária" pelo ministro relator (Min. Marco Aurélio), que a empregou em outro sentido, o que foi posteriormente esclarecido nos votos dos Embargos de Declaração no RE 612.043.

Restou esclarecido de tal expressão (ação coletiva ordinária ou ação coletiva de rito ordinário) se refere a ações envolvendo direitos meramente individuais reunidos para a defesa por representação processual, quando um grupo de associados autoriza a associação da qual são membros a, atuando em nome alheio na defesa de direito alheio, ajuizar uma ação em benefício deste grupo, com base no artigo 5º, inciso XXI da CF/88. Esta "ação coletiva ordinária",

95. A distinção é abordada nesta obra, no tópico: Ação coletiva ou ação civil pública? Distinções terminológicas.

portanto, não se confunde com uma "ação civil pública". Ou seja, trata-se de uma ação que segue o rito ordinário, enquanto a ação civil pública tem rito próprio.

Observa-se, assim, que as associações podem atuar *(1)* por representação processual, necessitando de autorização, quando poderá ajuizar a denominada "ação coletiva de rito ordinário", em nome alheio na defesa de direito alheio, com base no artigo 5º, inciso XXI da CF/88 ou *(2)* por substituição processual, sendo desnecessária autorização, caso em que poderá promover uma ação coletiva por legitimação extraordinária, atuando em nome próprio para a defesa de direito alheio (art. 5º, V da LACP). Caberá, então, ao ente associativo definir, agindo estrategicamente, diante do caso concreto, a ação mais adequada, se a "ação coletiva, de rito ordinário" ou se a "ação coletiva por substituição processual", sendo certo que no último caso a coisa julgada atingirá *erga omnes* todos os membros do grupo substituído, enquanto no primeiro somente os representados que autorizaram a associação a atuar em seu nome.

Os casos enfrentados pelo STF (RE 573.232, RE 612.043/PR e, posteriormente, RE 733.232/SC), interpretando o texto do artigo 5, XXI, da CF/88, tratavam de processos nos quais as associações haviam optado pelo regime que prevê a autorização e limita a coisa julgada aos representados (ação por representação/ação coletiva de rito ordinário). Ou seja, diziam respeito:

> aos processos coletivos em que um grupo de associados, autorizando a associação da qual são membros (*opt in*), ajuíza ação para benefício deste grupo, limitando-se a decisão ao pedido realizado na inicial. Não se aplica para a ação civil pública, para benefício de titulares de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, ação coletiva, na qual se tutelamos um, tutelamos todos que estão na mesma situação *(opt out)*[96].

As confusões geradas incialmente pelas decisões do STF fizeram com o que o Superior Tribunal de Justiça passasse a aplicar o precedente de forma ampla, exigindo a expressa autorização dos associados, individualmente ou através de deliberação em assem-

96. DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. 4v. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 250.

bleia, sem observância da distinção acima anotada. Há, inclusive, decisões estendendo o entendimento aos sindicatos. Sendo assim, é possível encontrar diversas decisões do STJ neste sentido. Mais recentemente, todavia, esta corte decidiu conforme os esclarecimentos do STF, conforme constou na própria ementa do RESp 1.649.087 – RS (rel. min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 02/10/2018):

> Por se tratar do regime de substituição processual, a autorização para a defesa do interesse coletivo em sentido amplo é estabelecida na definição dos objetivos institucionais, no próprio ato de criação da associação, sendo desnecessária nova autorização ou deliberação assemblear.
>
> As teses de repercussão geral resultadas do julgamento do RE 612.043/PR e do RE 573.232/SC tem seu alcance expressamente restringido às ações coletivas de rito ordinário, as quais tratam de interesses meramente individuais, sem índole coletiva, pois, nessas situações, o autor se limita a representar os titulares do direito controvertido, atuando na defesa de interesses alheios e em nome alheio.

De toda sorte, ainda que a decisão tomada no RE 612.043/PR revele retrocesso com relação à temática, na medida em que considerou constitucional o artigo 2º-A da Lei 9.494/1997, o tema central debatido pelos ministros e a força de precedente apenas se deu com relação a questão da *representação processual das associações*, tendo em vista a *ratio decidendi*, situação que se repetiu no RE 733.232/SC e se confirmou com o julgamento dos embargos de declaração no RE 612.044.

14.20 LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO (*FLUID RECOVERY*. FUNDO DE DEFESA DOS DIREITOS DIFUSOS)

A liquidação da sentença constitui uma etapa do processo, de complementação da atividade cognitiva e preparação para a fase executiva, a fim de tornar a sentença apta à execução. A incompletude da decisão ilíquida, assim, deve ser integrada mediante liquidação. Isto se aplica às decisões que impõem o pagamento de quantia, mas também a qualquer decisão condenatória ilíquida. A mera elaboração de cálculos, todavia, não está abrangida pelo conceito de liquidação trazido pelo Código de Processo Civil (ar-

tigo 509 e seguintes), podendo o exequente promover, desde logo, o cumprimento da sentença (a execução).

Assim, a liquidação é prévia à execução da decisão. Seguindo a lógica do CPC, assim como no processo individual, a execução coletiva ocorre como fase do procedimento único (sincrético), depois do trânsito em julgado da decisão, caso o condenado, não tenha, de maneira espontânea, adimplido a condenação.

O código prevê duas modalidades de *liquidação*: a *liquidação por arbitramento* (quando determinado pela sentença, convencionado pelas partes ou exigido pela natureza do objeto da liquidação); a *liquidação pelo procedimento comum* (quando houver necessidade de alegar e provar fato novo). Ambas dependem de requerimento das partes (credor ou devedor).

A liquidação pode ocorrer como *(1)* fase do processo, *(2)* por meio de processo autônomo ou *(3)* através de um processo incidental. *No processo coletivo*, podemos assim resumir a questão: regra geral, a liquidação coletiva será buscada em uma fase processual específica, sem que exista a necessidade de instauração de outro processo. Na sentença que verse sobre direitos individuais homogêneos e no transporte *in utilibus* da sentença em processo envolvendo direitos difusos, a execução individual será buscada por cada titular do direito em processos autônomos, havendo aí, portanto, um processo autônomo de liquidação. É possível, ainda, que a liquidação ocorra através de um incidente processual (liquidação incidental) da execução. Como exemplo deste último caso, o enunciado 541 do Fórum Permanente de Processualistas Civis dispõe: "A responsabilidade que trata o art. 854, § 8º, é objetiva e as perdas e danos serão liquidadas de forma incidental, devendo ser imediatamente intimada a instituição financeira para preservação do contraditório". A boa técnica recomenda que o incidente seja autuado em autos apartados, apenso ao processo principal.

Note-se que a sentença para reparação de danos envolvendo direitos individuais homogêneos, em grande parte dos casos, é genérica. Neste sentido, dispõe o Código de Defesa do Consumidor - CDC que "em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados". Daí a necessidade e se apurar, mediante liquidação, quem é o titular

do crédito e o valor devido. Como neste caso não se busca somente o *quantum debeatur*, tem-se chamado isto de "liquidação imprópria". Neste caso, em que serão apresentadas as peculiaridades dos titulares dos direitos individuais, a liquidação poderá ser realizada: pela vítima (ou sucessores), individualmente, por meio de processos autônomos; pelo legitimado extraordinário coletivo, que procederá à identificação dos credores (art. 97, CDC), como fase do processo. Segundo tese repetitiva firmada pelo STJ, "o prazo prescricional para a execução individual é contado do trânsito em julgado da sentença coletiva, sendo desnecessária a providência de que trata o art. 94 da Lei n. 8.078/90". Ou seja, para o STJ, a situação é diferentemente do ocorre na propositura da ação, onde haverá publicação de edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social. No caso do início do prazo prescricional para a execução individual isto não se faz obrigatório (STJ. REsp 1388000/PR. Primeira Seção. Data do Julgamento: 26/08/2015).

Ainda com relação aos direitos individuais homogêneos, se decorrer o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os colegitimados promover *a liquidação e execução* da indenização devida. O produto desta execução, denominado de *fluid recovery*, inspirado no modelo norte-americano da *class action*, reverterá para um fundo, chamado de *Fundo de Defesa dos Direitos Difusos* (FDD – artigos 100 do CDC e 13 da LACP). Tratando-se, a reparação fluida, de uma liquidação residual, com legitimação extraordinária subsidiária, o STJ entendeu que não se pode reputar iniciado o prazo de um ano sem que haja a publicação de edital dando publicidade à sentença, cientificando os interessados acerca da sentença (REsp 1156021/RS. Quarta Turma. Data do Julgamento 06/02/2014; REsp 869583 / DF. Quarta Turma. Data do Julgamento 05/06/2012). Aponta-se para a possibilidade de substituição do *fluid recovery* por medidas alternativas atípicas de satisfação que busquem trazer maior efetividade, como a criação de fundos específicos para determinados grupos atingidos, alteração em estruturas da empresa condenada, redução temporária de preços de produtos etc.[97]

97. Neste sentido: DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. 4v. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 492.

A *execução da sentença no processo coletivo*, da mesma forma, pode ser promovida pelos legitimados coletivos, inclusive por aquele que não tenha sido autor da ação de conhecimento (art. 15, LACP). É possível, também, que haja execução por um indivíduo. A sentença proferida em processos coletivos pode dar ensejo, assim: *(1)* à *execução coletiva*, promovida por qualquer legitimado extraordinário coletivo; *(2)* à *execução individual*, proposta pela vítima ou seus sucessores.

A *execução individual*, pela vítima ou seus sucessores, no caso das pretensões que versem sobre direitos *difusos e coletivos stricto sensu*, ocorre a partir do transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva, ou seja, por força do transporte da coisa julgada coletiva para o plano individual (art. 103, §3º, CDC). No tocante aos direitos *individuais homogêneos*, poderá o prejudicado, ou seus sucessores, individualmente, promover a execução da sentença (art. 97, CDC).

Já a *execução coletiva* pode ser promovida pelos legitimados extraordinários coletivos, tanto no caso de pretensões que envolvam *direitos difusos e coletivos stricto sensu*, quando no caso de direitos *individuais homogêneos*, neste último caso abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiveram sido fixadas em sentença de liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções (art. 98, CDC). Note-se que, neste último caso (individuais homogêneos), a execução coletiva somente é assim denominada por ser proposta por um legitimado coletivo, considerando que seu objeto se compõe por pretensões individuais.

No caso da execução da pretensão coletiva envolvendo direitos difusos e coletivos stricto sensu, dispõe a lei que, havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais (Fundo de Defesa dos Direitos Difusos), sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados (art. 13, Lei 7.347/85). Há também, menção ao Conselho Local (leia-se, Municipal), no parágrafo 2º da Lei 7.347/85, que trata das verbas decorrentes de acordo ou de condenação com fundamento em dano causado por ato de discriminação étnica. O regramento de cada fundo é regulado por normas do respectivo ente (por exemplo, o fundo federal é regulamentado pelo Decreto 1.306/94 e pela Lei 9.008/95). Como visto, também será destinada a esse fundo a indenização fluída (*fluid recovery*).

Com relação à *competência para liquidar e executar a sentença coletiva* procedente aponta-se para foros concorrentes, podendo o exequente escolher entre as possibilidades previstas nos artigos 516 do CPC, 98 e 101, I do CDC. As opções do artigo 516 do CPC, poderão, também, ser utilizadas na execução coletiva pelos legitimados coletivos. Em suma, surgem as seguintes possibilidades para a execução: *(1)* foro que processou a causa (processo de conhecimento/da condenação); *(2)* foro do domicílio do executado; *(3)* foro do local dos bens sujeitos à execução; *(4)* foro do local onde deva ser executada a obrigação de fazer ou de não fazer; *(5)* foro do domicílio do exequente, no caso de execução no plano individual da sentença coletiva. Tratando-se de execução de título executivo extrajudicial, como não houve uma sentença, segue-se a regra prevista no artigo 781 do Código de Processo Civil. Com efeito, é possível a execução coletiva baseada em título executivo extrajudicial, a exemplo do compromisso de ajustamento de conduta e das decisões do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica). Sobre o tema, remeto o leito ao tópico específico sobre "Competência para a execução da sentença coletiva".

Por fim, faz-se algumas observações finais relevantes sobre o tema:

Na busca pela efetividade do processo coletivo deve-se realizar o direito com a observância da "*máxima coincidência*" entre o que se obtém no processo e aquilo que teria sido obtido se o direito fosse realizado sem o litígio.

Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação coletiva e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão preferência no pagamento (art. 99, CDC).

Decorridos sessenta dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, sem que o autor coletivo lhe promova a execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, facultada igual iniciativa aos demais legitimados (art. 15, Lei 7.347/85).

É possível a fixação de multa por descumprimento no âmbito do processo coletivo. O parágrafo 2º, do artigo 12, da Lei 7.347/85 diz que "a multa cominada liminarmente só será exigível do réu *após o trânsito em julgado* da decisão *favorável ao autor*, mas será

devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento". Ou seja, de acordo com a redação, somente poderia ser executada a multa se, depois de fixada e descumprida, a ação vier a ser julgada improcedente, devendo-se aguardar o trânsito em julgado. O Código de Processo Civil, todavia, traz a possibilidade da execução provisória da multa. Porém, o levantamento do valor somente poderá ocorre após o trânsito em julgado (art. 537, §3º, CPC). Ou seja, permite-se que se antecipe todo o procedimento de liquidação e execução, ficando o levantamento do valor condicionado ao trânsito em julgado. Assim, apesar da vedação legal, parcela da doutrina defende que é possível a execução provisória no processo coletivo. Neste sentido é o enunciado 627 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "(arts. 297, 537, §3º; art. 12, §2º, Lei 7.347/1985). Em processo coletivo, a decisão que fixa multa coercitiva é passível de cumprimento provisório, permitido o levantamento do valor respectivo após o trânsito em julgado da decisão de mérito favorável".

Não compete originariamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar execução individual de sentenças genéricas de perfil coletivo, inclusive aquelas proferidas em sede mandamental. Tal atribuição cabe aos órgãos judiciários competentes de primeira instância. O cumprimento da sentença perante as instâncias ordinárias tem o condão de aproximar a execução dos eventuais beneficiários, o que facilita o exercício do direito já reconhecido no julgado (STF, PET 6.076 QO /DF, rel. min. Dias Toffoli, Pleno, j. 25.4.2017).

Em processos complexos é possível a criação ou a provocação de terceiros, inclusive pessoas ou entidades privadas, conferindo-lhes responsabilidade pela implementação da decisão judicial ou da autocomposição. Isto tem sido denominado de *entidades de infraestrutura específica* (ou *claim resolutions facilites*). Como exemplos, pode-se a pontar uma Fundação constituída a partir de um termo de ajustamento de conduta; convênios com empresas privadas ou instituições públicas responsáveis pelo reassentamento de pessoas atingidas; ou a contratação, pelo condenado, de fundação ou de projetos do setor privado.

É possível a "execução" negociada visando a efetivação da decisão, inclusive através da construção de um cronograma de cumprimento voluntário, o que encontra base nos artigos 191 e

536, §1º do CPC, que trata das medidas atípicas. Como exemplo, pode-se mencionar a execução negociada de uma decisão que determina a implantação de uma política pública.

ANEXO

BANCO DE MODELOS

1 MODELO DE RECOMENDAÇÃO

RECOMENDAÇÃO Nº ___/2019/DEFENSORIA PÚBLICA

A DEFENSORIA PÚBLICA, por meio do(a) Defensor(a) Público(a) signatário(a), no exercício de suas atribuições constitucionais e legais, com fundamento nos artigos 5º, LXXIV e 134, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e no artigo 4º, incisos I, II, III, e X, da Lei Complementar 80 de 1994;

CONSIDERANDO que a Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988;

CONSIDERANDO que constitui objetivo da Defensoria Pública promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, conforme o inciso II, do artigo 4º, da Lei Complementar nº 80/1994;

CONSIDERANDO ...[1];

---

1. Aqui deve-se listar os fundamentos que levaram à expedição da recomendação.

CONSIDERANDO ...;

CONSIDERANDO ...;

R E S O L V E:

RECOMENDAR a ...[2], que ...[3]

A presente Recomendação dá ciência e constitui em mora o destinatário quanto às providências recomendadas, assim como não esgota a atuação da Defensoria Pública sobre a matéria. Seu não acolhimento poderá implicar a adoção de todas as providências cabíveis, extrajudiciais e judiciais.

Fixa-se o prazo de ___ dias, a contar do recebimento, para manifestação acerca do acatamento das medidas recomendadas, interpretando-se o silêncio como recusa.

Local, data.

Defensor(a) Público(a)

2 MODELO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA[4]

Ao Juízo da __ Vara da Comarca de ______________

A Defensoria Pública, através do membro abaixo identificado, no exercício de suas atribuições, vem, ajuizar AÇÃO CIVIL PÚBLICA, em face de _____, pessoa jurídica de direito privado, CNPJ, com sede na rua____, e do ESTADO DE ____, pessoa jurídica de direito público interno, com endereço para receber citações e intimações na Procuradoria do Estado, localizada na rua ____, o que o faz com base nos fundamentos abaixo delineados.

2. Indicar a quem a recomendação se dirige, podendo constar mais de um destinatário.
3. Indicar qual a medida recomendada.
4. Modelo inspirado em caso real, ajuizado pela Defensoria Pública da União.

1 DA COMPETÊNCIA

A competência é definida pelo local do dano, nos termos do artigo 2º da Lei da Ação Civil Pública – LACP (7.347/85). Tratando-se de dano regional, pode a ação ser ajuizada na capital do Estado ou no Distrito Federal, conforme dispõe o artigo 93 do Código de Defensa do Consumidor – CDC.

2 DA LEGITIMDADE

A legitimidade ativa da Defensoria Pública é extraída do artigo 5º, inciso II, da Lei da Ação Civil Pública – LACP (7.347/85), corroborada pelo Supremo Tribunal Federal através da Ação Direita de Inconstitucionalidade – ADI 3943.

A legitimação passiva decorre da responsabilidade, pelo dano, da empresa concessionária que explora o serviço. Ademais, para realização de tais atividades, a ré necessitou de autorização do Estado Federado - considerando o que dispõe o artigo 25, §2º da CF/88 - a qual somente é concedida após o preenchimento de certos requisitos, não dispensando, ainda, o dever de fiscalização da atividade.

3 DOS FATOS

No mês de janeiro de 2019, constatou-se a poluição de um rio localizado no Estado de ______. O fato danoso decorreu de efeitos provenientes do manejo incorreto, não tendo a empresa concessionária tomado as providencias no sentido de evitá-lo.

O rio poluído banha uma região inteira, que se encontra totalmente localizada no território do Estado, sendo que diversas comunidades ribeirinhas tinham no rio a sua única fonte de água potável, já que a própria água encanada que chega aos imóveis tem como fonte o rio poluído.

Desta forma, diversas pessoas encontram-se sem acesso à água potável. Diante disto, foi expedida Recomendação pela Defensoria Pública, direcionada à empresa concessionária e ao Estado concedente, em caráter emergencial, tendo sido extrapolado o prazo fixado no documento sem que fossem adotadas as medidas recomendadas.

4 DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu art. 225 que "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".

Como se sabe, a água é um bem de domínio público e essencial para a sobrevivência e saúde de todos, devendo servir ao consumo humano, atendendo, com prioridade as necessidades básicas.

No plano internacional, a Declaração de Dublin, decorrente da Conferência Internacional sobre Água e Meio Ambiente, organizada pela ONU em janeiro de 1992, como preparação para a RIO 92, tem como princípio que "a água doce é um recurso finito e vulnerável, essencial para a conservação da vida, a manutenção do desenvolvimento e do meio ambiente. A água tem valor econômico em todos os seus usos competitivos; deve-se promover sua conservação e proteção".

4.1 DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Nos termos do artigo 225, §3º da Constituição Federal – CF/88, as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Com efeito, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, diretamente ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental é considerada poluidora (artigo 3.º, IV, da Lei 6.938/1981).

Trata-se de a responsabilidade civil objetiva (§ 1.º do artigo 14 da Lei 6.938/1981), segundo entende o Superior Tribunal de Justiça (REsp 1114398/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/02/2012, DJe 16/02/2012), devendo o responsável adotar todas as medidas para minimizar os danos ocasionados, incluindo-se nesta responsabilidade o fornecimento de água mineral potável à população.

Demais a mais, a responsabilidade do Estado, prevista no art. 37, § 6º da Constituição Federal, também é objetiva.

Por fim, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, sedimentada inclusive no julgamento de recursos submetidos à sistemática dos processos representativos de controvérsia (arts. 543-C do CPC/1973 e 1.036 e 1.037 do CPC/2015), acolhe-se a teoria do risco integral ao dano ambiental (REsp 1596081/PR. Segunda Seção. Julgamento em 25/10/2017), de forma que não se admite excludentes de responsabilidade, nada obstante seja imprescindível para a configuração do dever de indenizar a demonstração da existência de nexo de causalidade apto a vincular o resultado lesivo efetivamente verificado ao comportamento (comissivo ou omissivo) daquele a quem se repute a condição de agente causador.

Por fim, segundo já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, sempre que se verificar ofensa a um direito fundamental, corolário da dignidade da pessoa humana, a comprovação do dano se dará *in re ipsa* (REsp 1.292.141-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4/12/2012).

4.2 DO DANO MORAL COLETIVO

No caso presente, verifica-se a configuração de dano moral coletivo. Com efeito, a reparação extrapatrimonial coletiva encontra fundamento na parte final do artigo 1º da Lei 7.347/85, combinado com o artigo 6º, IV, do Código de Defesa do Consumidor.

O Superior Tribunal de Justiça vem reconhecendo a possibilidade de dano coletivo, desde que se constate a lesão da esfera moral de uma comunidade, considerando-se seu círculo de valores, superando os limites do tolerável. Demais disso, trata-se de dano *in re ipsa*, segundo a corte.

5 DA LIMINAR SATISFATIVA

Nos termos do artigo 12 da Lei da Ação Civil Pública (7.347/85), poderá o juiz conceder mandado **liminar**, com ou sem justificação prévia.

Demais disso, é cabível a tutela de urgência satisfativa nos processos coletivos, que, neste caso, tem natureza de tutela antecipada, cujos requisitos encontram-se no artigo 300 do Código de Processo Civil, ou seja, será devida quando demonstrada a presença

de elementos que evidenciem a *probabilidade do direito* e o *perigo de dano* ou o risco ao resultado útil do processo.

Na hipótese, estão presentes os requisitos necessários, uma vez demonstrada a probabilidade do direito, conforme toda argumentação acima exposta, estando já configurado o dano, em razão do fato que ocasionou a ausência de acesso à água potável.

6 DO PEDIDO

Diante do exposto, requer:

a) A observância das prerrogativas inerentes aos Defensores Públicos, mormente quanto à intimação pessoal, com vista dos autos, e a contagem de todos os prazos processuais em dobro, à luz da Lei Complementar n° 80/94 (artigo 44, I; 89, I *ou* 128, I);

b) A concessão da medida liminar, determinando que os demandados forneçam, imediatamente, água mineral potável à população atingida;

c) A citação dos demandados;

d) A intimação do representante do Ministério Público (art. 5º, §1º da Lei 7.347/85);

e) No mérito a procedência do pedido, para o fim de:

(1) confirmar o pedido liminar;

(2) determinar a reparação do ambiente degradado;

(3) fixar condenação genérica com o fito de indenizar pelos danos sofridos, fixando a responsabilidade pelos danos morais causados e suportados pelas pessoas atingidas, na extensão a ser individualmente apurada em posterior liquidação de sentença;

Por fim, requer a condenação do demandado ao pagamento de honorários de sucumbência em favor do fundo de aparelhamento da Defensoria Pública, nos termos do artigo 4º, inciso XXI, da LC 80/1994[5].

5. No que diz respeito à condenação em verbas sucumbenciais em favor do fundo de aparelhamento da Defensoria Pública, há precedente do Superior Tribunal de Justiça com

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a documental.

Informa a opção por realizar a audiência de mediação prevista no art. 319, VII do CPC/15, após apreciação do pedido liminar.

Atribui-se à causa o valor de ____.

Nestes termos, pede deferimento.

Local, data.

Defensor(a) Público(a)

3 MODELO DE MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A DEFENSORIA PÚBLICA, presentada pelo(a) Defensor(a) Público(a) signatário(a), vem, à presença de Vossa Excelência, impetrar MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO, em face de ato ilegal do Ministro da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, vinculado à União, com endereço profissional na ..., pelas razões de fato e de direito a seguir expostos:

1 COMPETÊNCIA

Nos termos do artigo 105 da Constituição Federal compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, o Mandado de Segurança contra ato de Ministro de Estado.

---

relação a ações ajuizadas pelo Ministério Público, no sentido de que não pode o Parquet beneficiar-se de honorários quando for vencedor na ACP, por não ser o membro do Ministério Público advogado, sendo que os honorários sucumbenciais a estes pertencem (Artigo 23 da Lei 8.906/94) e por simetria ao entendimento de que a condenação do MP ao pagamento de honorários advocatícios somente é cabível na hipótese de comprovada e inequívoca má-fé (STJ. Primeira Seção. EREsp 895530 / PR. DJe 18/12/2009; Segunda Turma. AgRg no REsp 1386342 / PR. DJe 02/04/2014; REsp 1422427/RJ, Segunda Turma, Julgado em, DJE 18/12/2013.). Em tese, o raciocínio deve ser aplicado também à Defensoria Pública, apesar de ser possível argumentar em sentido contrário. Sobre o tema, ver tópico específico, neste livro.

2 CABIMENTO

Trata-se de ato ilegal (patente violação a direito fundamental), praticado por autoridade pública, mostrando-se cabível o manejo deste remédio constitucional, conforme artigo 5º, inciso LXIX, da CF/1988.

3 TEMPESTIVIDADE

O ato impugnado ocorreu há exatos trinta dias, estando o presente *writ* dentro do prazo legal de 120 dias para impetração (artigo 23 da lei 12.016/2009).

4 LEGITIMIDADE

O Mandado de Segurança encontra previsão constitucional, voltando-se à proteção de direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público.

Conforme dispõe o artigo 5º, inciso LXX da Constituição Federal, o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: (a) partido político com representação no Congresso Nacional, (b) organização sindical, (c) entidade de classe ou (d) associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano; em defesa dos interesses de seus membros ou associados. Dispositivo similar encontra-se no artigo 21 da lei 12.016 de 2009.

Importa observar que o rol acima mencionado trata de uma garantia constitucional mínima. Em razão disso, a doutrina vem entendendo que devem ser tidas por legitimadas para a impetração do Mandado de Segurança Coletivo todas as pessoas autorizadas a defender os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos segundo a legislação vigente, como o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, os Municípios e órgãos despersonalizados[6].

6. Nesse sentido: MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo e MENDES, Gilmar. *Mandado de segurança e ações Constitucionais*. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2012. p. 138.

Isso em razão de que o remédio constitucional é direito e garantia fundamental, voltado a instrumentalização, inclusive, do acesso à justiça. Assim é que, restringir esse direito, afastando a legitimidade daqueles legitimados para o ajuizamento de outras ações coletivas revela-se contraditório, ferindo o próprio direito ao acesso à justiça. Destarte, qualquer interpretação do artigo 21 da lei 12.016/2009 nesse sentido (restritivo) é inconstitucional.

Dessa forma, deve-se considerar o microssistema processual coletivo, de forma a se encontrar, legalmente, a atribuição da Defensoria Pública, conjugando-se o artigo 5º da 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) com o artigo 21 da Lei 12.016/2009 (Lei do Mandado de Segurança) e com o artigo 4º, VII da Lei Complementar 80/1994 (Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública). A lei 13.300 de 2016 (Lei do Mandado de Injunção) reforça a legitimação aqui defendida. A novel legislação passou a integrar o microssistema processual coletivo, sendo que nela há expressa indicação da legitimidade da Defensoria Pública (como também do Ministério Público) para o ajuizamento do Mandado de Injunção Coletivo (artigo 12), o que auxilia no preenchimento da lacuna existente na ação do Mandado de Segurança Coletivo, já que a norma do *writ of mandamus* influenciou por muito tempo o mandado de injunção (em face da inexistência de norma que regulamentasse seu processamento), havendo agora um retorno da nova lei, colmatando o microssistema e reforçando o entendimento.

Conclui-se, portanto, pela legitimidade ativa, já que a Defensoria Pública, órgão despersonalizado e dotado de capacidade processual, possui legitimidade para o ajuizamento do *writ*. Em se tratando de Mandado de Segurança Coletivo, verifica-se a legitimidade extraordinária, por meio de substituição processual, de forma a defender direito alheio em nome próprio.

Doutra banda, quanto à legitimidade passiva, a autoridade coatora se revela no Ministro de Estado, já que praticou o ato impugnado (artigo 6º da lei 12.016/09).

E DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo.* 4v. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p.227.

5 PERTINÊNCIA TEMÁTICA

Nos termos da Lei Complementar 80/1994 são funções institucionais da Defensoria Pública promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela, assim como exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos de grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado (Art. 4º, X e XI).

Na presente demanda verifica-se a presença de minoria vulnerável, a maioria estudantes economicamente necessitados. A vulnerabilidade do grupo, ademais, revela necessidade jurídica e organizacional, sendo que a atuação da Defensoria Pública visa assegurar direito fundamental dos candidatos prejudicados.

6 DO OBJETO DA IMPETRAÇÃO

A impetração visa corrigir ato ilegal, praticado pela União, tendo por autoridade coatora Ministro de Estado, consubstanciado na imposição de realização de exame psicotécnico no sábado, aos candidatos membros de grupo Adventista do Sétimo Dia.

7 DIREITO

7.1. Do Direito Fundamental à Liberdade de Crença

Dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza" (*caput*), de forma que é "inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias" (inciso VI). De mais a mais, dispõe que "ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa" (inciso VIII).

Analisando o caso em deslinde percebe-se que os substituídos, cidadãos titulares dos direitos fundamentais expressos na Carta Magna de 1988 e demais disposições dessa natureza constantes em leis e tratados internacionais incorporados ao ordenamento pátrio

(a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos[7]), têm direito subjetivo ao exercício pleno e imediato de gozar de liberdade de consciência religiosa. Impor-lhe a realização do teste no sábado importa em submeter-lhe a grave tormento moral e violação de suas convicções religiosas.

Destarte, é legítimo lhes ser permitido realizar exame psicotécnico em dia diferente dos sábados, de forma alternativa, em razão de pertencerem a grupo Adventista do Sétimo Dia.

7.2. Do Distinguishing

Não se desconhece precedentes judiciais em sentido contrário (não admitindo a designação de dia diferenciado para realização da prova), inclusive no Superior Tribunal de Justiça, assim como encontrar-se o tema submetido ao regime de Repercussão Geral no Supremo Tribunal Federal. Há, contudo, que se realizar o *distinguishing*, pois o caso contém peculiaridade que exige o afastamento do entendimento assentado.

A própria organização do certame, em formulário próprio (no ato da inscrição) solicitou informações no sentido de o candidato ser membro de igreja Adventista do Sétimo Dia, exatamente a fim de evitar a realização de provas aos sábados para quem assim o declarasse. De mais a mais, o teste psicotécnico será realizado em dois dias (sábado e domingo), motivo pela qual não haverá qualquer prejuízo para a administração ou para outros candidatos, caso os substituídos sejam avaliados no domingo.

8 DA LIMINAR

A Lei n.º 12.016/2009 prevê no artigo 7º, III, a possibilidade da concessão de segurança liminar. Encontram-se presentes os requisitos: *(1)* O *periculum in mora* (risco de ineficácia da medida), tendo em conta que o teste se encontra marcado para data próxima e,

7. Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos: 1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.
Artigo 12 - Liberdade de consciência e de religião: 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião.

certamente, não haverá tempo hábil para julgamento final da causa até lá. *(2)* O *fumus boni iuris* (fundamento relevante), consistente na documentação apresentada, de onde se infere que diversos candidatos aprovados para a fase seguinte são membros da igreja Adventista do Sétimo Dia, os quais tiveram o teste psicotécnico designado para o sábado.

9 DO PEDIDO

Exposta a ofensa a direito líquido e certo, requer:

a) Sejam asseguradas as prerrogativas previstas na Lei Complementar 80/1994, mormente no que pertine à contagem de todos os prazos em dobro e à intimação pessoal, com vista dos autos, em qualquer processo e grau de jurisdição (artigo 44, I; 89, I *ou* 128, I);

b) A notificação da autoridade coatora, enviando-lhe segunda via da inicial apresentada com as cópias dos documentos, para, no prazo de dez dias, prestar as informações cabíveis (artigo 7°, I da Lei n° 12.016/09);

c) Dê-se ciência do feito ao órgão de representação judicial, enviando-lhe cópia da inicial sem os documentos;

d) A concessão de liminar, determinando à autoridade coatora que designe a realização do teste psicotécnico dos candidatos adventistas do sétimo dia no domingo;

e) A intimação do representante do Ministério Público para acompanhar o feito;

f) Que seja, ao final, concedida a segurança, para o fim de garantir aos candidatos Adventistas do Sétimo Dia a realização do teste psicotécnico no domingo.

Protesta provar o alegado por meio dos documentos que instruem a inicial.

Dá-se à causa o valor de R$ 1.000,00 (mil reais).

Nestes termos, pede deferimento.

Local, data.

Defensor(a) Público(a)

4 MODELO DE PEDIDO DE SUSPENSÃO DE SEGURANÇA[8]

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL __________

Referência ao processo de origem

A DEFENSORIA PÚBLICA, legitimada para atuar em defesa da coletividade, vem, perante Vossa Excelência, propor PEDIDO DE SUSPENSAO DE LIMINAR, com fundamento no artigo 4º da Lei nº 8.437/1992 c/c art. 4º, VII da Lei Complementar nº 80/1994, em face de medida liminar proferida no bojo de Ação de Reintegração de Posse, com fundamento no que passa a expor.

1 DO CABIMENTO E DA LEGITIMIDADE

O pedido de suspensão de liminar, previsto no artigo 4º da Lei 8.437/1992 e no artigo 15 da Lei 12.016/2009, é medida de contracautela concedida para evitar que, do cumprimento da decisão judicial de piso, resulte grave lesão à ordem, à segurança, à saúde ou à economia públicas, sendo franqueada sua propositura ao Ministério Público ou à pessoa jurídica de direito público interessada:

> Lei 8.437/1992. Art. 4° Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

A despeito da ausência de menção expressa à Defensoria Pública – o que se explica por uma questão temporal, dado que por

8. Modelo inspirado em caso real, ajuizado pela Defensoria Pública do Estado do Amazonas e pela Defensoria Pública da União.

sua previsão nacional somente ocorreu com Constituição Federal de 1988, como também pelo nascimento de sua lei orgânica somente em 1994 (LC 80/1994) - não se lhe exclui a propositura do Pedido de Suspensão de Liminar, mormente após a edição da Lei Complementar nº 132/2009, que conferiu nova redação à Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (Lei Complementar 80/1994), sacramentando a tutela dos interesses coletivos:

> Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:
>
> VII – promover ação civil pública e *todas as espécies de ações* capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes;

Desta forma, tanto por demandar defesa de interesses coletivos, como por ser órgão autônomo do Estado, representando o que se vem denominando de *Estado-Defensor*, tem-se por cabível a atuação da Defensoria Pública quando públicos forem os interesses que se busca resguardar. Outro não é o raciocínio da doutrina:

> Nada obstante a inexistência de expressa previsão legal a respeito da legitimidade ativa da Defensoria Pública para dedução dos pedidos de suspensão, temos para nós que, enquanto Instituição 'essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados' (art. 134 da CF), não pode ser tolhida no seu direito de se servir da excepcional medida cautelar para a salvaguarda dos interesses que deve resguardar.
>
> De fato, não há razão de ordem técnica ou política suficiente para evitar a dedução dos pedidos de suspensão pela Instituição que, aliás, também foi recentemente inserida no rol dos legitimados ativos para a promoção da ação civil pública em defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (inc. II do art. 5.º da Lei 7.347/85, inserido pela Lei 11.448/2007)[9].

Destarte, forçoso compreender que a expressão "ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes", constante no artigo 4º da Lei nº 8.437/1992, abrange todas as acepções de Estado (o Estado-Executivo; o Estado-Juiz; e também o Estado-Defensor). Esse vem

9. VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público*. São Paulo: RT, 2005.

sendo o entendimento dos Tribunais pátrios, a exemplo do que decidiu o Supremo Tribunal Federal nas Suspensões de Tutela Antecipada (STA) 800 e 183.

É assim que, no caso em deslinde, tem a Defensoria Pública legitimidade para pleitear a suspensão, visto que, em pauta, interesse público, relativamente à reintegração de posse de área de proteção ambiental, onde se encontra comunidade composta por diversas etnias indígenas.

2 DOS FATOS E FUNDAMENTOS

Trata-se de Reintegração de Posse visando reintegrar o demandante na posse de imóvel onde se encontram atualmente centenas de famílias indígenas que migraram para a zona urbana em busca de acesso a políticas públicas. Residem atualmente na área em questão centenas de famílias pertencentes a mais de dez etnias indígenas.

Na falta de lugar adequado, se instalaram na área objeto da reintegração de posse, local onde se encontram há vários anos. Passado mais de ano do ajuizamento, o juízo de origem determinou *liminarmente* (sem oitiva da parte contrária) a reintegração, tendo escoado o prazo para agravar de decisão, em razão de a comunidade não dispor de condições econômicas para a contratação de advogado e, ao mesmo tempo, desconhecer os serviços prestados pela Defensoria Pública, o que revela patente vulnerabilidade organizacional.

Ressalte-se que, nada obstante ser evidente a presença de vulneráveis no polo passivo da demanda, a Defensoria Pública em momento algum foi cientificada para que pudesse realizar seu ingresso no feito, a fim garantir-se, assim, o contraditório.

Nada obstante a total falta de estrutura e o descaso governamental, as famílias, considerando a falta de melhor opção, consolidaram residência na área. O Estado, todavia, como sói ser, somente se revela com sua face repressora, como agora ocorre por meio da determinação da retirada forçada das famílias, em sede de cognição sumária e sem que exista, nem mesmo, preocupação com alternativa para realocação das pessoas atingidas.

Interessante notar que tais famílias, dentre as quais se encontram crianças e idosos, são paupérrimas e não encontram nos órgãos responsáveis o amparo devido. Sendo assim, a quase totalidade das pessoas que ali se encontram, quando "expulsas", transmutar-se-ão, imediatamente, em moradores de rua, ou serão obrigadas a migrar para outro terreno (talvez um que fique mais à margem da sociedade, já que a área objeto da reintegração encontra-se muito próxima de um dos bairros mais valorizadas da cidade). Trata-se do que se tem denominado de "processo de gentrificação (*gentrification*) ou favelização".

Somados a todos os fatores já explicitados (especialmente no que se refere à possibilidade de danos físicos e materiais e total desamparo social das famílias a serem despejadas) há que se observar, também, matéria pertinente ao domínio da área. Conforme se verifica nos autos de origem, não há certeza quanto à propriedade e à posse anterior do terreno. Tal situação demonstra a necessidade de análise processual mais aprofundada, restando temerária, assim, determinação de reintegração em sede liminar, por meio de avaliação perfunctória da questão.

Ciente de tal imbróglio, a Defensoria Pública, após visita ao local pelo(a) Defensor(a) Público(a), solicitou a realização de levantamento por meio de estudo a ser realizado pela Secretaria de Estado de Política Fundiária. Como resultado, restou elaborado croqui da situação do imóvel, que se encontra anexo à presente petição, por meio do qual se verifica a sobreposição de domínios, inclusive, com área pertencente ao Estado, o qual, em momento algum, foi chamado para integrar o processo. Assim, a própria posse alegada pelo autor do processo de reintegração encontra-se comprometida, pois que, segundo melhor corrente, não há que se falar em posse de terra pública por particular.

2.1 Da ilegitimidade da medida liminar. Do manifesto interesse público e da lesão à ordem pública

Do exposto, verifica-se estarem presentes os requisitos legais para concessão da medida pleiteada. A medida liminar concedida, por meio de conhecimento não exauriente e perfunctório, mostra-se ilegítima, considerando, especialmente, a complexidade da causa. A

necessidade de maior instrução, inclusive, vem sendo alertada pela Defensoria Pública, desde que tomou conhecimento da demanda.

Casos similares demonstram que reintegrações feitas de forma açodada têm resultado em violência contra a população e destruição dos poucos bens que possuem os moradores da área, com uso, inclusive, de tropa de choque, helicópteros, cães-policias etc.

Há que destacar, também, o manifesto interesse público presente na demanda. A Constituição Federal traz, como se sabe, extenso rol de direitos fundamentais, dentre os quais se inserem os direitos à propriedade e à moradia, assim como uma gama de garantias sociais que exigem o agir positivo do Estado, mormente na construção de políticas públicas que a efetivem.

Cabe ao intérprete constitucional proceder a uma ponderação dos valores envolvidos, de forma que nenhum poderá, em sua totalidade, anular a existência de outro, conforme aduz melhor doutrina (cita-se, a exemplo disso, os ensinamentos de Robert Alexy e a necessidade de otimização de direitos fundamentais).

Dessa forma, não é crível que, em nome da proteção ao direito à propriedade privada (em sentido amplo, a envolver a posse) se anule diversos outros direitos igualmente fundamentais, como o direito à moradia (artigo 6º da CF/88). Observe-se, demais a mais, que estudo realizado demonstrou que parte da área pertence ao Estado, de forma que resta patente o prejuízo público.

Resta evidente, ainda a *lesão à ordem, à saúde e à segurança públicas* (direitos igualmente fundamentais, nos termos do artigo 5º, *caput* e 6º, *caput*, da Constituição Federal). Especialmente no tocante à primeira, a manutenção da medida liminar, promoverá lesão à ordem pública, pois expulsará de suas casas famílias inteiras, expondo-as ao sofrimento, à miséria, à mendicância e à violência, em total antítese ao pregado pela Constituição:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: X - combater as causas da pobreza e

os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;

Não pode então o Estado, que se comprometeu com a erradicação da pobreza, ser o motor da desgraça da polução carente.

3 DO PEDIDO

Ante o exposto, pede e espera sejam liminarmente suspensos os efeitos da decisão proferida pelo juízo de origem, nos autos da Ação de Reintegração de Posse nº ___.

Nestes termos,

Pede deferimento.

Local, data.

Defensor(a) Público(a)

5 MODELO DE AÇÃO POR ATO DE IMPROBIDADE AJUIZADA PELA DEFENSORIA PÚBLICA[10]

AO JUÍZO DA ____ VARA DA COMARCA DE ________________

A DEFENSORIA PÚBLICA, presentada pelo(a) Defensor(a) Público(a) signatário(a), no exercício de suas atribuições constitucionais e legais, vem, à presença de Vossa Excelência, com fundamento nos artigos 37, § 4° e 134, ambos da Constituição Federal, nas disposições contidas nas Leis 8.429/92 e 7.347/85, na Lei Complementar 80/1994 e nos demais dispositivos aplicáveis à espécie, ajuizar a presente:

10. Modelo inspirado em caso real, ajuizado pela Defensoria Pública do Rio Grande do Sul.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Em face de Fulano de Tal, brasileiro, inscrito do Cadastro de Pessoas Físicas – CPF sob o número _____, RG ________, residente e domiciliado na Rua _____, nesta cidade, e OUTROS (nome e qualificação), pelas razões fáticas e jurídicas que passa a expor:

1 DA COMPETÊNCIA

Trata-se de ação decorrente de contexto fático envolvendo aplicação de verbas oriundas de convênio celebrado com o Município, destinadas à construção e instalação de um Centro de Atendimento a Pessoas em Situação de Rua, conforme melhor se explica na sequência.

Não há que se falar, no caso presente, em foro privilegiado por prerrogativa de função dos réus e, tendo natureza cível, conforme entendimento consolidado nos Tribunais Superiores, a ação deve, portanto, ser julgada perante o juízo cível de primeiro grau[11].

2 DA LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA

Como é cediço, a Lei de Improbidade Administrativa – Lei 8.429/92 tutela direito difuso à moralidade, sendo o processo, neste caso, meio de controle jurisdicional de atos extremamente passíveis de agravar as desigualdades sociais, motivo pelo qual podemos afirmar que a atuação da Defensoria Pública na proteção da moralidade encontra-se ligada a seu fim, qual seja a defesa dos necessitados (conforme o artigo 134 da Constituição Federal).

No caso presente, observa-se que implantação do projeto em questão visa beneficiar grupo de pessoas vulneráveis - aquelas que vivem em situação de rua - assistidas, em potencial, pela Defensoria Pública.

11. Nesse sentido: COMPETÊNCIA POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO – AÇÃO DE IMPROBIDADE – NATUREZA – PRECEDENTE. De acordo com o entendimento consolidado no Supremo, a ação de improbidade administrativa possui natureza civil e, portanto, não atrai a competência por prerrogativa de função. (RE 377114 AgR / SP. Primeira Turma. Relator Min. Marco Aurélio. Julgamento em 05/08/2014).

Dessa forma, o ato ímprobo contribuiu para a falta de prestação de serviço público voltado aos necessitados, agravando situação de cidadãos que já têm suas vidas extremamente comprometidas pela situação na qual se encontram. São esses, portanto, os maiores atingidos por atos que comprometem a correta gestão e destinação do dinheiro público.

Sendo Defensoria Pública instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida da promoção dos direitos humanos (art. 134 da CF/88), e sendo a probidade e ética públicas direito fundamental; dada, ainda, a relevância social e jurídica do direito que se pretende tutelar e do próprio fim do ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, assegurar a dignidade da pessoa humana, entendida como núcleo central dos direitos fundamentais; tem o órgão o dever de zelar pela probidade administrativa, através, inclusive, do manejo de ação judicial coletiva visando contrapor-se a atos de improbidade.

Acerca disso, não se deve desconsiderar a existência de microssistema processual coletivo, por meio do qual as normas que tratam da tutela coletiva de direitos se comunicam e se completam. É o caso da Lei da Ação Civil Pública - que prevê, em seu artigo 5º, inciso II a legitimidade da Defensoria Pública -, do Código de Defesa do Consumidor, da Lei de Improbidade Administrativa e da própria Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública - LC 80/1994, que prevê dentre as funções institucionais a promoção de todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes (artigo 4º, inciso VII).

Importa observar, demais disso, que o microssistema da tutela coletiva adota legitimidade disjuntiva e concorrente, de forma que a atuação da Defensoria Pública, além de somar esforços, em nada prejudica a atuação dos demais legitimados, não havendo que se falar, por isso, em monopólio do Ministério Público no manejo de ações coletivas, conforme artigo 129, § 1º da Constituição Federal.

Assim, a conjugação da Constituição Federal com os diplomas coletivos – em especial o artigo 5º, II da lei 7.347/85 e os artigos 1º e 4º, VII da Lei Complementar 80 – revela a legitimidade da

Defensoria Pública, conforme decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul[12] em situação envolvendo Ação Civil Pública ajuizada por Defensor Público, visando apurar supostos atos de improbidade administrativa cometidos por administradores da APAE – Associação de Pais e Amigos Excepcionais.

Por fim, importa registrar que a não previsão expressa da Defensoria Pública na Lei 8.429/1992 pode ser facilmente compreendida por questões históricas, considerando que, nada obstante tenha sido prevista na Constituição Federal em 1988, a Defensoria Pública somente foi regulamentada em 1994, por meio da Lei Complementar 80, encontrando-se, ainda hoje, em fase de instalação em alguns locais da federação, de forma que a legislação necessita de revisão e atualização, sendo preenchida, por hora, por meio de integração e interpretação.

Quanto à legitimidade passiva, nos termos da Lei 8.429/92, sujeitam-se às sanções nela previstas os agentes públicos, servidores ou não, bem como os particulares que de qualquer forma induzam ou concorram para a prática do ato de improbidade, ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta (artigos 1º e 3º), reputando como agente público "todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas" (art. 2º).

Os requeridos são administradores da Associação responsável pela implantação do projeto, sendo diretamente responsáveis pela gerência dos recursos recebidos do ente público e concorreram para a prática de ato ímprobo, nos termos do disposto na Lei de Improbidade Administrativa.

3 DOS FATOS

Trata-se de ação por ato de improbidade administrativa perpetrado pelos administradores a Associação X, responsável pela im-

12. TJRS. Agravo de Instrumento n. 70034602201, julgado pela Primeira Câmara Cível, em 19 de maio de 2010.

plantação e instalação de projeto voltado ao atendimento a pessoas em situação de rua, que conta com subsídio público.

Conforme se dessume dos documentos acostados aos autos, foi repassado à Associação, por força de convênio firmado com o Município, meio milhão de reais para a construção e instalação de um Centro de Referência. Após construção do imóvel, as obras de instalação final foram paralisadas por longo período, em razão de descaso do corpo administrativo, de forma que a prestação do serviço jamais foi iniciada.

Demais disso, em função da falta de manutenção predial, o prédio sofreu dilapidação gradual, a ponto de necessitar, agora, de completa reforma para receber os serviços. Verifica-se, ademais, que não foi realiza a prestação de contas necessária.

4 DO DIREITO

A responsabilização pelos atos de Improbidade Administrativa tem fundamento constitucional, mais especificamente no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal:

> Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
>
> § 4° Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível;

Visando a dar concretude ao mandamento constitucional foi editada a Lei 8.429/92, a qual definiu os atos de improbidade administrativa. No caso presente, verifica-se que os demandados violaram os artigos 10 (prejuízo ao erário) e 12 (violação de princípios da administração pública).

As condutas dos administradores causaram prejuízo ao erário, subsumindo aos seguintes comandos legais:

> Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje *perda patrimonial*, desvio, apropriação, malbaratamento ou

> *dilapidação dos bens ou haveres* das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:
>
> X - *agir negligentemente* na arrecadação de tributo ou renda, bem como *no que diz respeito à conservação do patrimônio público;*
>
> Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, *legalidade, e lealdade às instituições*, e notadamente:
>
> VI - *deixar de prestar contas* quando esteja obrigado a fazê-lo;
>
> Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:
>
> II - na hipótese do art. 10, *ressarcimento integral do dano*, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, *pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;*
>
> III - na hipótese do art. 11, *ressarcimento integral do dano*, se houver, perda da função pública, *suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos*, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e *proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.*
>
> Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

5 DA INDISPONIBILIDADE DOS BENS

Para assegurar o ressarcimento dos danos causados e a imposição das sanções de cunho patrimonial faz imperiosa a decretação judicial da indisponibilidade dos bens dos demandados, conforme previsto pela Lei 8.429/92:

> Art. 7º Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade

> administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.
>
> Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.
>
> Art. 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

Os fundados indícios da realização do ato de improbidade administrativa - *fumus boni iuris* – restam comprovados pelos documentos acostados aos autos. Presente, também, o *periculum in mora*, em razão da imprescindibilidade da providência para assegurar o ressarcimento integral do dano, posto que o ato causou lesão ao patrimônio público. Destarte, restam presentes os requisitos gerais para a medida de cautela.

6 DO PEDIDOS

Ante o exposto, requer:

a) A decretação da indisponibilidade dos bens dos réus;

b) A notificação dos requeridos para, querendo, apresentarem manifestações por escrito, nos termos do artigo 17, § 7° da Lei 8.429/92;

c) Seja recebida a presente petição inicial, determinando-se a citação dos requeridos para, querendo, apresentarem contestações;

d) A intimação do representante do Ministério Público, nos termos do artigo 17, §4º da Lei 8.429/92;

e) A citação da Município, por meio da Procuradoria Municipal ou do Prefeito (art. 75, III do CPC), para, querendo, integrar o presente feito;

f) A condenação pela prática de atos de improbidade administrativa, que causam lesão ao erário e que atentam contra os princípios da administração pública, aplicando-se todas

as sanções cabíveis do artigo 12, incisos II e III, da referida Lei de Improbidade Administrativa;

g) A observância das prerrogativas inerentes aos Defensores Públicos, insculpidas na Lei Complementar 80/1994, especialmente no tocante à intimação pessoal, com vista dos autos, e a contagem em dobrada de todos os prazos;

h) A condenação dos requeridos em honorários sucumbenciais revertidos em favor do Fundo de Aparelhamento da Defensoria Pública da União (art. 4º, XXI, da LC 80)[13];

i) A notificação do Município, para os fins do art. 17, § 2º, da Lei 8.429/92.

Protesta pela produção de todas as provas admitidas em direito, especialmente a documental, a oitiva de testemunhas e o depoimento pessoal dos demandados.

Atribui-se à causa o valor de R$ __________.

Nestes termos, pede deferimento.

Local e data.

Defensor(a) Público(a)

Rol de Testemunhas:

1. Fulano de Tal, qualificação e endereço.
2. Fulano de Tal, qualificação e endereço.
3. Fulano de Tal, qualificação e endereço.

13. No que diz respeito à condenação em verbas sucumbenciais em favor do fundo de aparelhamento da Defensoria Pública, há precedente do Superior Tribunal de Justiça com relação a ações ajuizadas pelo Ministério Público, no sentido de que não pode o Parquet beneficiar-se de honorários quando for vencedor na ACP, por não ser o membro do Ministério Público advogado, sendo que os honorários sucumbenciais a estes pertencem (Artigo 23 da Lei 8.906/94) e por simetria ao entendimento de que a condenação do MP ao pagamento de honorários advocatícios somente é cabível na hipótese de comprovada e inequívoca má-fé (STJ. Primeira Seção. EREsp 895530 / PR. DJe 18/12/2009; Segunda Turma. AgRg no REsp 1386342 / PR. DJe 02/04/2014; REsp 1422427/RJ, Segunda Turma, Julgado em, DJE 18/12/2013.). Em tese, o raciocínio deve ser aplicado também à Defensoria Pública, apesar de ser possível argumentar em sentido contrário. Sobre o tema, ver tópico específico, neste livro.

6 MODELO DE MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO[14]

EXCELENTÍSSIMO DESEMBARGADOR

ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE ______

A DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE ______, por meio de seu órgão de execução, vem a presença deste Juízo, ajuizar MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO, em face do GOVERNADOR DO ESTADO, com endereço para citação na sede do Governo do Estado, localizado na _______ (endereço).

1 DA LEGITIMIDADE

O mandado de injunção encontra previsão no artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal, tendo sido regulamentado pela Lei 13.300/16.

Quanto à *legitimidade ativa*, a Lei 13.300/2016, em seu art. 12, inciso IV, estabelece que o mandado de injunção coletivo pode ser promovido pela Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV, do artigo 5º, da Constituição Federal. Neste caso, a Defensoria Pública acompanha os interesses de várias pessoas que hoje são ocupantes de áreas, rural ou urbana no, Estado. As pessoas que ali se encontram, evidentemente, em estado de *vulnerabilidade social*, o que revela a *representatividade adequada* da instituição para atuar no presente caso.

No tocante à *legitimidade passiva*, o artigo 3º da Lei 13.300/2016 indica que será o Poder, o órgão ou a autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora. No caso presente, a lei estadual n. ___, expressamente atribui ao Governador do Estado a

14. Modelo inspirado em caso real, ajuizado pela Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais.

regulamentação. Nada obstante, passados dez anos, a omissão legislativa vem inviabilizando o exercício de direitos constitucionalmente assegurados.

2 DA COMPETÊNCIA

A Constituição do Estado, em seu artigo ___, expressamente consignou que compete originariamente ao Tribunal de Justiça o julgamento do mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, de entidade ou de autoridade estadual da administração direta ou indireta.

Por sua vez, o Regimento interno do Tribunal de Justiça em seu art. ___, determina que a ação é de competência do Órgão especial.

3 DOS FATOS

Aqui devem ser narrados os fatos que deram origem à ação.

4 DO DIREITO

O mandado de injunção encontra previsão no artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal, segundo o qual o remédio será cabível "sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania".

A Lei 13.300/16 regulamentou o dispositivo constitucional, prevendo que expressamente a possibilidade do manejo da medida coletiva, em seu artigo 12 e seguintes.

Por sua vez, a Lei Estadual dispôs que sua regulamentação depende de decreto do Governador do Estado.

Com efeito, a questão se relaciona à dignidade da pessoa humana (base do sistema de direitos e garantias fundamentais), ao princípio da máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º da Constituição Federal), ao direito à moraria e à segurança (art. 6º, caput, da Constituição Federal), dentre outros.

No plano internacional, verifica-se pertinência com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, com o Pacto Internacional

sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e com a Convenção 169 da OIT, que veda o emprego de força ou coerção que viole os direitos humanos e as liberdades fundamentais de povos e grupos tradicionais.

4 DO PEDIDO

Diante do exposto, requer:

A observância das prerrogativas inerentes aos membros da Defensoria Pública (artigo 44, I; 89, I *ou* 128, I da Lei Complementar 80/94).

A notificação do impetrado sobre o conteúdo da petição inicial, devendo-lhe ser enviada a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de dez dias, preste informações (art. 5º, I, Lei 13.300).

A ciência do ajuizamento da ação ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, devendo-lhe ser enviada cópia da petição inicial, para que, querendo, ingresse no feito (art. 5º, II, Lei 13.300).

A notificação do representante do Ministério Público (art. 7º, Lei 13.300).

Seja reconhecido o estado de mora legislativa, deferindo-se a injunção para (art. 8, Lei 13.300):

I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;

II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Valor da causa: R$10.000,00 (dez mil reais) para efeitos procedimentais.

Nestes termos, pede deferimento.

Local, data.

Defensor(a) Público(a)

7 MODELO DE *HABEAS CORPUS* COLETIVO[15]

AO JUÍZO DA __ VARA FEDERAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO ____

A DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - DPU, representando coletividade de migrantes detidos na Superintendência da Polícia Federal, vem, impetrar, com amparo no artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal de 1988, HABEAS CORPUS COLETIVO COM PEDIDO DE LIMINAR, apontando-se como autoridade coatora o Excelentíssimo Superintendente da Polícia Federal do Estado do Amazonas.

1 COMPETÊNCIA, CABIMENTO E OBJETO DA MEDIDA

A competência é extraída do artigo 109, I e VII, da Constituição Federal. O habeas corpus é instrumento que se destina a garantir o direito à liberdade de locomoção do indivíduo, sempre que sofrer ou se achar ameaçado de sofrer coação em tal direito, por ilegalidade ou abuso de poder, nos termos do artigo 5º, LXVIII da Constituição Federal, o que engloba o direito de permanecer. A presente ação visa defender o direito permanência no Brasil, possibilitando que seja observado o procedimento individualizado de regularização migratória ou de retirada dos imigrantes, quando for o caso.

Cabe observar que Supremo Tribunal Federal tem admitido o cabimento de *habeas corpus* coletivo, conforme se verifica no HCC 143.641 e no HCC 143.988, processados naquela corte. Demais disso, não faria sentido a impetração de diversos habeas corpus individuais, subvertendo a lógica da tutela coletiva, criando o risco de decisões contraditórias e, ainda, violando o princípio da economia processual.

15. Modelo inspirado em caso real, ajuizado pela Defensoria Pública da União.

2 DA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA

A necessidade, para fins de assistência jurídica gratuita, conforme se conclui do disposto no artigo 134 e 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal, não é somente a financeira/econômica, mas também de outras ordens, como a necessidade/vulnerabilidade/hipossuficiência organizacional, como se verifica no presente caso. Assim, está configurada a legitimidade da Defensoria Pública.

3 DO FATOS

A Polícia Federal realizou operação, com o fim de proceder à deportação em massa de 450 migrantes que ingressaram no território nacional há cerca de quinze dias. Neste momento, estas pessoas, muitas menores ou idosos, encontram-se na sede da Polícia Federal em Manaus, aguardando a deportação para o seu país de origem, que pode ser efetivada a qualquer momento. A Defensoria Pública foi informada que estão todos alojados em uma sala, sem possibilidade de contato com o mundo externo.

4 FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Embora a entrada e permanência de estrangeiro no país seja ato diretamente relacionado ao exercício da soberania nacional, não se pode olvidar que a própria carta constitucional tutela o devido processo legal na seara administrativa, bem como tem como vetor a dignidade da humana, devendo, tais aspectos relacionados à soberania e segurança nacional sofrer temperamentos advindos dos direitos humanos. O sopesamento de tais valores deve conduzir à promoção da dignidade da pessoa humana, fundamento expresso da República (art. 1º, inciso III da Constituição Federal), pedra angular de nosso sistema constitucional, que garante, em prol do estrangeiro não residente no país, a fruição dos direitos fundamentais decorrentes da condição de ser humano, razão pela qual o artigo 5º, LV, da Constituição Federal, que trata do contraditório e ampla defesa na esfera administrativa, é aplicável ao procedimento de deportação, conforme precedentes do Tribunal Regional Federal da 5º Região.

A Convenção Interamericana dos Direitos Humanos, também chamada de Pacto de San José de Costa Rica, foi incorporada ao or-

denamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 678/1992. No exercício do poder do Estado para estabelecer a sua política de imigração, a Convenção Americana determina categoricamente a proibição de deportação em massa, no artigo 22(9): "é proibida a expulsão coletiva de estrangeiros", ou seja, aquela que não desenvolve uma análise objetiva das circunstâncias individuais de cada estrangeiro. Vale ressaltar que a Corte Interamericana já enfrentou o tema, concluindo que o houve violação de Estado ao tratar migrantes como um grupo, sem individualiza-los, tomando em consideração suas eventuais necessidades de proteção, o que representou uma expulsão coletiva vedada pelo artigo 22.9 da Convenção Americana, no caso "Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana".

Demais disso, a medida de deportação em análise viola o princípio *non-refoulement* - expresso na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 22), na Convenção de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados (art. 33), na Convenção contra tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes (art. 3º) etc.; todos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro – que veda a devolução ou a entrega de um estrangeiro a outro país em que seus direitos à vida ou à liberdade pessoal tenham risco de serem violados por motivos de religião, opiniões políticas, entre outros, sendo certo que é possível que alguns desses migrantes encontrem-se em situação de risco no país de origem. Nesse sentido, se deu o julgamento do Caso "Familia Pacheco Tineo vs, Bolivia", perante a CorteIDH.

Por fim, a Lei 13.445/17 (Lei de Migração) expressamente repudia e veda a expulsão ou deportação coletivas, ou seja, aquela que não individualiza a situação migratória irregular de cada pessoa (art. 3º, inciso XII c/c art. 61), aduzindo, ainda, que não se procederá à repatriação, à deportação ou à expulsão de nenhum indivíduo quando subsistirem razões para acreditar que a medida poderá colocar em risco a vida ou a integridade pessoal (art. 62), o que, evidentemente, demanda criteriosa análise de sua situação peculiar.

5 DO PEDIDO

Diante do exposto, requer:

a) a observância das prerrogativas inerentes aos membros da Defensoria Pública (artigo 44, I; 89, I *ou* 128, I da Lei Complementar 80/94);

b) a concessão da ordem, em caráter liminar, presentes o *fumus boni iuris*, em razão da patente ilegalidade da medida de deportação coletiva, e o *periculum in mora*, considerando a vulnerabilidade das pessoas que se encontram com seu direito de locomoção cerceado, para assegurar o direito de permanecer no país até decisão final proferida neste processo ou em processo administrativo no qual seja assegurado o devido processo legal;

c) a notificação da impetrado, para que preste as informações pertinentes e, após, a intimação do Ministério Público Federal;

d) no mérito, a concessão da ordem, para assegurar à coletividade de migrantes detidos na sede da Polícia Federal o direito de permanecer no país, assim como para estabelecer que eventual deportação seja condicionada a procedimento administrativo individualizado, com observância efetiva do contraditório e da ampla defesa;

Nesses termos, pede deferimento.

Loca, data.

Defensor(a) Público(a)

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Método, 2014.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALVES, Cléber Franciso. *Justiça para todos!* Assistência jurídica gratuita nos estados unidos, na França e no Brasil. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

ALVES, Cléber Francisco; DE CASTRO, André Luis Machado; ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves Silva. *Access to Justice in Brazil: the brazilian legal aid model*. Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2017.

ALVES, Cleber Francisco Alves. *Justiça para todos! Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, França e Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ALVES, Cleber Francisco; GONZÁLEZ, Pedro. *Defensoria Pública no século XXI: novos horizontes e desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. *Acesso à justiça como direito fundamental & Defensoria Pública*. Curitiba: Juruá, 2017.

AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. *Defensoria deve propor ação por improbidade*. ANADEP. Disponível em: http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=8101. Acesso em 07.01.2016.

ANADEP. Disponível em: http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia? id=8101. Acesso em 07.01.2016.

ANTUNES, Maria João; SANTOS, Cláudia Cruz; AMARAL, Cláudio do Prado (Orgs). *Os novos atores da justiça penal*. Coimbra: Almedina, 2016.

ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e julgamento*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

BASTOS, Fabrício. *Curso de processo coletivo*. São Paulo: Editora Foco, 2018.

BASTOS, Fabrício; FLEXA, Daniel; FLEXA, Alexandre. *Novo código de processo civil: temas inéditos, mudanças e supressões*. Salvador: Juspodivm, 2015.

BARBOSA, Rafael; MAIA, Maurílio Casas; ROCHA, Bheron (Coords.). *Autonomia e Defensoria Pública: aspectos constitucionais, históricos e processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018.

BARBOSA, Ruy. *República: teoria e prática: textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República*. Petrópolis/ Brasília: Vozes/Câmara dos Deputados, 1978.

BARROS, Guilherme Freire de Melo; SEABRA, Gustavo Cives. *Defensoria Pública: lei complementar n. 80/1994*. Coleção Leis Especiais para Concursos. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

BAUMAN, Zygmunt. Plínio Dentzien (trad.). *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. Brasil: Malheiros, 2000.

BOSON, Erik Palácio. *A Defensoria Pública e a tutela jurisdicional da moralidade administrativa*. Salvador: JusPodvm, 2016.

__________. *Comentário à jurisprudência: tribunal de justiça do Acre, liminar em ação civil de improbidade administrativa n. 0700147-09.2013.8.01.0007, vara única - cível da comarca de Xapuri, juiz de direito Luis Gustavo Alcalde Pinto, jugado em 13/06/2013*. Revista da Defensoria Pública da União. n. 7. jan./dez. 2014.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública: um possível primeiro pequeno passo em direção a uma grande reforma*. A Defensoria Pública e os Processos Coletivos - Comemorando a Lei Federal 11.448/2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CAMELO, Fabíola Parreira; DA SILVA, Ricardo Menezes; PASSADORE, Bruno de Almeida; RASKIN, Paula Grein Del Santoro (Coords.). *Defensoria Pública: estudos sobre atuação e função*. Curitiba: Juruá, 2017.

CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Brian. *Acesso à justiça*. Traduzida por Ellen Grace. Porto Alegre: Sérgio Fabbri, 1988.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. III. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

COSTA, Domingos Barroso da; GODOY, Arion Escorsin de. *Educação em direitos e Defensoria Pública: cidadania, democracia e atuação nos processos de transformação política, social e subjetiva*. Curitiba: Juruá, 2014.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

DE SOUZA, José Augusto Garcia. *A legitimidade da Defensoria Pública para a tutela dos interesses difusos: uma abordagem positiva*. Revista de Processo, vol. 175, São Paulo, Set 2009.

DE SOUZA, José Augusto Garcia; DIDIER Jr, Fredie (Coords.). *Coleção repercussões do novo CPC: Defensoria Pública*, v. 5. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Novo CPC - doutrina selecionada*. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 2v. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 4v. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 4v. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 4v. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 4v. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

DONIZETTI, Elpídio; Cerqueira, Marcelo Malheiros. *Curso de processo coletivo*. São Paulo: Atlas, 2010.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

________. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

________. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FEICHAS, Roger Vieira; SALVADOR, Sérgio Henrique. *Mandado de segurança: da teoria à prática*. 2. ed. Salvador: LTr, 2017.

FENSTERSEIFER, Tiago. *Defensoria Pública, direitos fundamentais e ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2015.

________. *Defensoria Pública na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FENSTERSEIFER, Tiago; PAIVA, Caio. *Comentários à Lei Nacional da Defensoria Pública*. Belo Horizonte: Editora CEI, 2019.

FERRY, Luc. Rejane Janowitzer (trad.). *Do amor: uma filosofia para o século XXI*. Rio de Janeiro: Ridel, 2013.

FILHO, Carlos Alberto Souza de Almeida e MAIA, Maurilio Casas. *O Estado-Defensor e sua Legitimidade para os Pedidos de Suspensão de Liminar, Segurança e Tutela Antecipada*. Revista de Processo, vol. 239/2015, p. 247 - 261, Jan / 2015 DTR\2014\21367.

FILHO, Edilson Santana Gonçalves. *A eficácia horizontal dos direitos fundamentais - sua vinculação às relações entre particulares*. Fortaleza: DINCE - Edições Técnicas, 2009.

FILHO, Edilson Santana; GEHARD, Daniel; MAIA, Maurilio Casas. *Afinal, qual a função da Defensoria Pública?* Disponível em: http://justificando.com/2015/06/18/afinal-qual-a-funcao-da-defensoria-publica/. Acesso em 09.11.2015.

GALEANO, Eduardo. *De pernas para o ar: a escola do mundo ao avesso*. Porto Alegre, RS: L&PM Editores, 2013.

GARCIA, Emerson. *A legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento da ação civil pública: delimitação de sua amplitude. Breves apontamentos*. Revista do Ministério Público, Rio de Janeiro: MPRJ, out./dez. 2010, n.38.

GOMES, Marcos Vinícius Manso Lopes. *Direitos humanos e princípios institucionais da Defensoria Pública*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Acesso à justiça e o Código de Defesa do Consumidor*. O processo em evolução. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

IOM Handbook - protection and assistance for migrants vulnerable to violence, exploitation and abuse. Geneva: International Organization for Migration, 2018. p. 5-81.

JUNIOR, Arcênio Brauner. *Princípios institucionais da defensoria pública da união*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura: texto Integral*. Coleção obra prima de cada autor. São Paulo: Martin Claret, 2010.

KETTERMANN, Patrícia. *Defensoria pública*. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2015.

KIRCHNER, Felipe; KETTERMANN, Patrícia. *A legitimidade da Defensoria Pública para o manejo de ação civil pública por ato de improbidade administrativa*. Revista dos Tribunais, vol. 929/2013, p. 361 – 415. Mar / 2013, DTR\2013\592.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma constituição?* Traduzida por Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica (Líder), 2001.

LEONEL, Ricardo Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LIMA, Frederico Viana de. *Defensoria Pública*. 3. ed. Salvador: JusPodvm, 2014.

MAGALÃES, José Luis Quadros de. *Direitos humanos*. 1. ed., São Paulo: editora Juarez de Oliveira, 2000.

MAIA, Maurílio Casas (Coord.). *Defensoria Pública, democracia e processo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

______. *Expressão e instrumento do regime democrático? 'Communitas', 'Vulnerabilis et Plebis' – Algumas dimensões da missão do Estado defensor*. Revista jurídica virtual Empório do Direito. Disponível em: http://emporiododireito.com.br/expressao-e-instrumento-do-regime-democratico-communitas--vulnerabilis-et-plebis-algumas-dimensoes-da-missao-do-estado-defensor--por-maurilio-casas-maia/. Acesso em 16.12.2015.

________. *Autonomia: promessa do constituinte à Defensoria e um débito histórico quitado*. Disponível em: http://emporiododireito.com.br/autonomia--defensoria/. Acesso em 01.05.2015.

MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo e MENDES, Gilmar. *Mandado de Segurança e ações constitucionais*. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CANOTILHO, J. J. Gomes. (Corrds.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

MONTESQUIEU , Charles Louis de Secondat. *O espírito das leis*. 4. ed. São Paulo: Martins Editora, 2005.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Constitucionalidade da autonomia da Defensoria Pública da União*. Disponível em: http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/outros-destaques/constitucionalidade-da-autonomia-da-defensoria-publica--da-uniao/. Acesso em 01.05.20163.

NETO, José Wellington Bezerra da Costa. *Assistência judiciária gratuita: acesso à justiça e carência econômica*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil comentado artigo por artigo*. Salvador: Juspodivm, 2016.

______. *Manual de processo coletivo*. 3º ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

PAIVA, Caio. *Prática penal para Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

________. *EC 80/2014 dá novo perfil constitucional à Defensoria Pública*. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-out-06/tribuna-defensoria-ec-802014--perfil-constitucional-defensoria-publica. Acesso em 07.09.2016

PAZ, Carlos Eduardo Barbosa. *A evolução do regime jurídico constitucional da Defensoria Pública*. Consultor Jurídico. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016-set-13/carlos-paz-evolucao-regime-juridico-constitucional--defensoria. Acesso em 13.09.2016.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Editora, 2008.

RÉ, Aluísio Iunes Monti. *Manual do defensor público: teoria e prática*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

REIS, Gustavo Augusto Soares dos. *Educação em direitos e a Defensoria Pública: reflexões a partir da lei complementar n. 132/09*. Revista da Defensoria Pública. Ano 4. n. 2. Jul./dez. 2011.

RESURREIÇÃO, Lucas. *A Defensoria Pública em juízo*. Disponível em: http://defensoria.ba.def.br/portal/arquivos/downloads/Artigos/A_Defensoria_Publica_em_juizo_Lucas_Resurreicao.pdf. Acesso em 27.03.2019.

ROCHA, Amélia Soares da. *Defensoria Pública: fundamentos, organização e funcionamento*. São Paulo: Atlas, 2013.

ROCHA, Jorge Bheron. *Defensoria Pública autônoma é escolha consciente e coerente da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988*. Disponível em: http://emporiododireito.com.br/defensoria-publica-autonoma/. Acesso em 10.05.2016.

________. *Legitimação da Defensoria Pública para ajuizamento de ação civil pública tendo por objeto direitos transindividuais*. Fortaleza: Boulesis, 2017.

________. *O RE 593.818, o defensor público natural e a atuação custos vulnerabilis*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-abr-10/re-593818-defensor--publico-natural-atuacao-custos-vulnerabilis. Acesso em 10.05.2019.

SANTOS, Caio Santiago Fernandes. *Defensoria Pública e os movimentos sociais: novas possibilidades de acesso à justiça no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2017.

SALDANHA, Alexandre. *Da legitimidade ativa da Defensoria Pública para a propositura de demandas pela prática de atos de improbidade administrativa*. Revista da Defensoria Pública da União. n. 7. jan./dez. 2014.

SARMENTO, Daniel. *Dimensões constitucionais da defensoria pública da união*. Disponível em: http://www.anadef.org.br/images/Parecer_ANADEF_CERTO.pdf. Acesso em 25.10.2015.

________. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

SCHWARTZ, FABIO. *Manual de direito do consumidor: tópicos & controvérsias*. Rio de Janeiro: Processo, 2018.

SEABRA, Gustavo Cives. *Leis especiais para concursos – Defensoria Pública*. v. 9. Salvador: Juspodivm, 2018.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 11. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1993.

SILVA, Franklyn Roger Alves. *Novo CPC prevê atuação da Defensoria em ação possessória multitudinária*. Consultor Jurídico. Disponível em: http://www.

conjur.com.br/2015-dez-08/tribuna-defensoria-atuacao-defensoria-publica--acoes-possessorias-multitudinarias. Acesso em 15.02.2015).

SILVA, JOSÉ AFONSO. *Curso de direito constitucional positivo.* São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares.* São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUSA, José Augusto Garcia de. *O destino de Gaia e as funções constitucionais da Defensoria Pública: ainda faz sentido – sobretudo após a edição da Lei Complementar n. 132/09 – a visão individualista a respeito da instituição?* In: SOUSA, José Augusto Garcia de (org). Uma nova Defensoria Pública pede passagem: reflexões sobre a Lei Complementar n. 132/90. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil*: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória). v. 2. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis.* 3. ed. São Paulo: Método, 2016.

________. *Igualdade de vulnerabilidade no processo civil.* São Paulo: Forense, 2012.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal.* Salvador: JusPodivm, 2014.

TRINTADE, Antônio Augusto. O regime jurídico autônomo das medidas provisórias de proteção. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2017. p. 17 a 40.

VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público.* São Paulo: RT, 2005

VON IHERING, Rudolf. *A luta pelo direito.* Rio de janeiro: Forense, 2007.

ZUFELATO, Camilo. *Coisa julgada coletiva.* 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

________. *Da legitimidade ativa ope legis da defensoria pública para o mandado de segurança coletivo – uma análise a partir do microssistema de direito processual coletivo brasileiro e o diálogo das fontes.* Revista de Processo, vol. 203/2012, p. 321 – 343, Jan/2012 DTR\2011\5385.